المسائل الفقهية

من

كتاب الروايتين والوجهين

للقاضي أبي يعلى

تحقيق

الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم

الجزء الثاني

مكتبة المعارف
الرياض

الطبعة الأولى

١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م

مكتبة المعارف - ص.ب: ٣٢٨١ - هاتف ٤٠١٣٧٠٨ - ٤٠٢٣٩٧٩

الرياض - المملكة العربية السعودية


المسائل الفقهية
الجزء الثاني

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللقطة

ويشمل الموضوعات الآتية:

الأول: التصرف في اللقطة بعد التعريف.
الثاني: التقاط الحيوان.
الثالث: جعل الآبق.
الرابع: ما يجده الأجير في الأرض أو الدار من لقطة أو ركاز.

كتاب اللقطة

ملك اللقطة بعد تعريفها:

١ - مسألة: إذا كانت اللقطة عيناً أو ورقاً فعرفها سنة هل يملكها؟

نقل الجماعة: أنه يملكها.

ونقل حنبل: إن جاء صاحبها فعرف وعاءها وصرارها فهي له وإلا تصدق بها، فظاهر هذا أنه لم يحكم له بملكها بعد الحول والتعريف. قال أبو بكر الخلال: ليس هذا قول أحمد ومذهبه: إن لم يجيء صاحبها فهي له.

وجه الأولى: ما روى سويد بن غفلة عن أبي كعب قال: وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيت بها رسول الله - ﷺ - فقال: عرفها[1] حولاً قال ذلك مرتين أو ثلاثاً، ثم قال: اعرف عددها ووكاءها ووعاءها فإن جاء صاحبها وإلاَّ استمتع[2] بها[3]. فهذا[4] نص في التمليك لأنه قال: استمتع بها.

---

(١) في (أ): «أعرفها».

(٢) في (ب): «فاستمتع بها».

(٣) صحيح البخاري - كتاب اللقطة - الباب الأول ٦٢/٢ وباب هل يأخذ اللقطة ٦٥/٢، وصحيح مسلم - كتاب اللقطة ١٣٥٠/٣ حديث ١٧٢٣ وسنن أبي داود - كتاب اللقطة - باب التعريف باللقطة ٣٢٨/٢ حديث ١٧٠١ وسنن الترمذي - أبواب الأحكام - باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ٤١٤/٢ حديث /١٣٨٦.
وسنن ابن ماجة - كتاب اللقطة - باب اللقطة ٨٧٧/٢ حديث /١٥٠٦

(٤) في (ب): «وهذا».

ووجه الثانية: أنها لقطة فلم يملكها دليله غير الدراهم والدنانير فإن الرواية لا تختلف في ذلك أنه لا يملك بعد الحول والتعريف.

التصرف في اللقطة بعد التعريف سنة:

٢- مسألة: فإن كانت اللقطة غير الدراهم والدنانير كالحلي والثياب والأواني فعرفها حولاً ولم يجيء صاحبها فإنه لا يملكها، وهل يجوز له بيعها ويتصدق بثمنها بشرط الضمان؟

فنقل أبو داود ومهنا: يبيعه ويتصدق بثمنه فإن جاء صاحبها خير بين الثواب والضمان.

ونقل طاهر بن محمدالتميمي:يعرفها أبداً.قال أبو بكر الخلال:كل من روى عنه أنه يعرفها سنة ويتصدق به، وما نقله طاهر من أنه يعرف أبداً قول أول رجع عنه، قال أبو بكر عبد العزيز في- زاد المسافر-:الذي اختار ما روى طاهر بن محمد يعرفها أبداً والوجه في جواز الصدقة ما روى عن النبي- ﷺ- أنه قال: «لا تحل اللقطة فمن التقط لقطة فليتصدق بها»[1].

وروى أنه قال للذي وجد اللقطة «تصدق بها».

وروي أنه قال: «من وجد لقطة مالاً فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإن جاء صاحبها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء»[2] ولأنه مال أبيح له تناوله بغير إذن مالكه فجاز الصدقة به كالركاز، والوجه في منع الصدقة أنها

---

(١) مجمع الزوائد للهيثمي- كتاب البيوع- باب اللقطة ٢٦٨/٤ قال الهيثمي: وفيه يوسف بن خالد السمتي وهو كذاب».

(٢) سنن أبي داود- كتاب اللقطة- باب التعريف باللقطة ٣٣٥/٢ حديث /١٧٠٩.
والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب اللقطة- باب تعريف اللقطة، ومعرفتها، والإشهاد عليها ١٩٣/٦.
وسنن ابن ماجة- كتاب اللقطة- باب اللقطة ٢/ ٨٣٧ حديث ٢٥٠٥

على ملك صاحبها بعد الحول،فلا يجوز له التصدق[1] فيه بغير[2] إذنه كما لا يجوز له التصرف فيها في حق نفسه.

ملك لقطة الحرم بعد التعريف:

٣- مسألة: هل تملك لقطة الحرم بعد التعريف والحول كما يملك غيرها؟ نقل أبو طالب والميموني والترمذي ومحمد بن داود وابن منصور:أنها تملك.

ونقل حرب عنه:اللقطة في الحرم ليس بمنزلة اللقطة في غير الحرم، لا تحل إلا لمنشد.

وجه الأولى: ما روي من حديث زيد بن خالد الجهني وقد[3] سأل النبي- ﷺ- عن اللقطة فقال:عرفها سنة ثم استنفقها[4] وهذا عام.

ووجه الثانية: قول النبي- ﷺ- في الحرم:«لا يختلى خلاه ولا تحل لقطته[5] إلا لمنشد»[6]

---

(١) في (ب):« التصرف »

(٢) سقطت كلمة:« بغير » من (أ).

(٣) في (ب):« فقد ».

(٤) أخرجه البخاري في- كتاب اللقطة- باب إذا جاء صاحب اللقطة ٢/٦٤ ومسلم في- كتاب اللقطة- ٣/١٣٤٦ حديث /١٧٢٢
وأبو داود- كتاب اللقطة- باب التعريف باللقطة ٢/٣٣١ حديث ١٧٠٤ والترمذي- كتاب الأحكام- باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ٢/٤١٥ حديث ١٣٨٧.
وابن ماجة في- كتاب اللقطة- باب اللقطة ٢/٨٣٨ حديث /٢٥٠٧ والدارمي- في كتاب البيوع- باب في اللقطة ٢/٢٦٥.

(٥) في (أ):«لا يختلى خلاها، ولا تحل لقطتها».

(٦) أخرجه البخاري في- كتاب اللقطة- باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ٢/٦٤.
ومسلم في- كتاب الحج- باب تحريم مكة وصيدها ٢/٩٨٨ حديث /١٣٥٥.
وأبو داود في- كتاب الحج- باب تحريم مكة وصيدها ٢/٥٢٠ حديث ٢٠١٧.
وابن ماجة في- كتاب المناسك- باب فضل مكة ٢/١٠٣٨ حديث ٣١٠٩.
والدارمي- في- كتاب البيوع- باب في النهي عن لقطة الحاج ٢/٢٦٥.
والدارقطني في- كتاب الأقضية والأحكام ٤/٢٣٥ حديث /١٠٩.

التقاط غير الإمام للحيوان الذي لا يمتنع على صغار السباع:

٤- **مسألة**: هل يجوز لغير الإمام التقاط الحيوان الذي لا يمتنع على صغار السباع كالشاة وعجاجيل البقر وفصلان الإبل؟

فنقل مهنا وحرب[٣] وصالح وحنبل: لا يجوز أخذها كما لا يجوز أخذ الممتنع من الإبل.

ونقل ابن منصور وأبو طالب، وأحمد بن الحسين الترمذي له أخذها.

وجه الأولى: في منع التقاطها قول النبي -ﷺ-: «ضالة المؤمن حرق النار»[٤]

وقوله: لا يؤوي الضالة إلا ضال[١]. وهذا عام ولأنه حيوان فلم يجز التقاطه كالممتنع على صغار السباع.

ووجه الثانية: أن في التقاطها حفظ مال يخشى ضياعه على صاحبه، فوجب أن يجوز أخذه كالدراهم والدنانير، ويفارق هذا الحيوان الممتنع لأنه ليس في التقاطه حفظه على صاحبه لأنه[٢] يمكنه البقاء إلى أن يجيء صاحبه في طلبه فتركه أولى ولأن للإمام التقاط ذلك، وحفظه على صاحبه كذلك لغير الإمام كالدراهم والدنانير.

---

(١) سقطت كلمة: «حرب» من (أ).

(٢) سنن ابن ماجة- كتاب اللقطة- باب ضالة الإبل والبقر والغنم ٢/٨٣٦ حديث /٢٥٠٢.
وسنن الدارمي- كتاب البيوع- باب في الضالة ٢/٢٦٦.
ومجمع الزوائد- كتاب البيوع- باب اللقطة ٤/١٦٧.

(٣) صحيح مسلم- كتاب اللقطة- باب لقطة الحاج ٣/١٣٥١ حديث /١٧٢٥.
وسنن ابن ماجة- كتاب اللقطة- باب ضالة الإبل والبقر والغنم ٢/٨٣٦ حديث /٢٥٠٣.
وسنن أبي داود- كتاب اللقطة- باب التعريف باللقطة ٢/٣٤٠ حديث /١٧٢٠.
وموطأ مالك- كتاب الأقضية- باب القضاء في الضوال ٢/٧٥٩ حديث /٥٠ موقوفاً على عمر.

(٤) سقطت كلمة: «لأنه» من (أ).

التصرف بلقطة الحيوان بعد التعريف حولاً:

٥- **مسألة**: إذا[١] قلنا:له التقاط ذلك فهل يملكه بعد الحول والتعريف؟ على روايتين: ظاهر[٢] كلامه في رواية طاهر بن محمد:لا يملكها لأنه قال: إن كانت ذهباً أو فضة عرفها سنة وإن[٥] كانت غير ذلك عرفها أبداً.

ونقل الجماعة منهم ابن منصور وأبو طالب والترمذي:أنه يملكها بعد الحول والتعريف[٤].

وجه الأولى: أن اللقطة غير أثمان الأشياء فلم يجز تملكها دليله العروض والأواني.

ووجه الثانية: ما روي عن النبي- ﷺ- أنه قال في الشاة:هي لك أو لأخيك أو للذئب[٥].

فأضافها إليه بلام التمليك.

مقدار الجعل لرد الآبق:

٦- **مسألة**: في مقدار الجعل لرد الآبق من خارج المصر.

فنقل حرب ويعقوب بن بختان:قدره أربعون درهما.

---

(١) في (ب):« فإذا قلنا ».

(٢) في (ب):« فظاهر ».

(٣) في (ب):« وإذا ».

(٤) في (أ):« في التعريف ».

(٥) صحيح البخاري- كتاب اللقطة- باب ضالة الغنم ٦٣/٢.
وصحيح مسلم- كتاب اللقطة ١٣٤٦/٢ حديث /١٧٢٢.
وسنن أبي داود كتاب اللقطة- باب التعريف باللقطة ٣٣١/٢ حديث ١٧٠٤.
وسنن الترمذي- كتاب الأحكام- باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والبقر والغنم ٤١٥/٢ حديث ١٣٨٧.
وسنن ابن ماجة- كتاب اللقطة- باب ضالة الإبل والبقر والغنم ٨٣٦/٢ حديث /٢٥٠٤، وسنن الدارقطني- كتاب الأقضية والأحكام ٢٣٥/٤ حديث /١٠٠ و١١١ و١١٢ و١١٣.

ونقل عبد الله: دينار أو اثنا عشر درهما. ولا تختلف الرواية أنه إذا جاء به من المصر فله عشرة دراهم.

وجه الأولى: ما روى عمرو بن دينار عن النبي - ﷺ - قال: «في الآبق أربعون درهما»[1].

وفيه ضعف، والصحيح (أنه) عن ابن مسعود فروى عمرو الشيباني أن رجلاً أصاب آبقاً بعين التمر فجاء به فجعل ابن مسعود فيه أربعين درهما[2]. وفي لفظ آخر قال: جعالة الآبق أربعون درهما إذا جيء به خارجاً من المصر[3] وعن أبي إسحاق قال: أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما[4] وعن عمار: إذا أخذه في المصر فله عشرة دراهم وإذا أخذه خارج المصر فله أربعون[5].

ووجه الثانية: ما روي عن عمر وعلي أنهما قالا دينار أو اثنا عشر درهما إذا أخذ خارج المصر[6] فمن قال بالأولى، قال: ما روي عن ابن مسعود ومعاوية

---

(١) لم أجد أن النبي - ﷺ - حدد الجعل، إلا ما روى عمرو بن دينار عن ابن عمر قال: قضى رسول الله - ﷺ - في العبد الآبق يوجد في الحرم بعشرة دراهم».
وابن أبي مليكة وعمرو بن دينار قالا: جعل رسول الله - ﷺ - في الآبق يوجد خارج الحرم عشرة دراهم».
وقد قال البيهقي في الأول: «انه ضعيف وفي الثاني: انه منقطع».
السنن الكبرى للبيهقي - كتاب اللقطة - باب الجعالة - ٦/٢٠٠.
ومصنف عبد الرزاق - كتاب البيوع - باب الجعل في الآبق ٨/٢٠٧ رقم ١٤٩٠٧.
ومصنف ابن أبي شيبة - كتاب البيوع - باب جعل الآبق ٦/٥٤٠ رقم ١٩٨٠ و٥٤٣ رقم ١٩٩١.

(٢) مصنف عبد الرزاق - كتاب البيوع - باب الجعل في الآبق ٨/٢٠٨ رقم ١٤٩١١.
والسنن الكبرى للبيهقي - كتاب اللقطة - باب الجعالة ٦/٢٠٠.

(٣) أخرجه البيهقي عن الحجاج بن أرطاة عن ابن مسعود وقال: الحجاج بن أرطاة لا يحتج به.
المرجع السابق ٦/٢٠٠.
وابن أبي شيبة في - كتاب البيوع - جعل الآبق ٦/٥٤١ رقم ١٩٨١.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة - كتاب البيوع - باب جعل الآبق ٦/٥٤٢ رقم ١٩٨٨.

(٥) لم أجده.

(٦) مصنف ابن أبي شيبة - كتاب البيوع - باب جعل الآبق ٦/٥٤١ رقم ١٩٨٢/ و١٩٨٣.

وعمار أولى لأنه يعضده الخبر المروي عن النبي - ﷺ - وإن كان فيه ضعف، ومن قال بالثاني قال:ما روي عن عمر وعلي أولى لأن ذلك القدر متفق عليه وما زاد مختلف فيه فكان المتفق عليه أولى سيما[1] والقياس يمنع من الاستحقاق جملة فيجب أن يعتبر في مقدار ما حصل الإجماع عليه.

ما يجده الأجير في الأرض أو الدار من لقطة أو ركاز:

٧- **مسألة**: إذا استأجر رجلاً ليحفر له بئراً فوجد الأجير لقطة أو ركازاً في حفرة هل يكون أحق بها أم صاحب الدار؟

فنقل صالح في الرجل يستأجر الرجل يحفر له بئراً في داره أو في أرضه فيصيب فيها كنزاً:(فهو لرب الدار، ونقل محمد بن يحيى الكحال في ساكن في دار وجد فيها كنزاً)[2] فقال: قد قال بعضهم:هو لصاحب الدار والأولى أن يكون لمن وجده.

وجه الأولى: أنه لو استأجره لحفر بئر فوجد فيها معدناً كان لصاحب الدار دون الأجير كذلك في باب اللقطة والركاز.

ووجه الثانية: أن هذه لقطة أو ركاز انفرد بوجوده فكان أحق به كما لو وجد ذلك في أرض الموات وقوارع الطرق ومن قال بهذا أجاب عن المعدن بأن المعدن من أجزاء الأرض وطبقاتها، ومن ملك الأرض ملكها بأجزائها وطبقاتها وليس كذلك اللقطة والركاز، لأنه مودع فيها غير متصل بها.

---

(١) في (ب):«لا سيما».

(٢) سقط من (أ) قوله:«فهو لرب الدار، ونقل محمد بن يحيى الكحال في ساكن في دار وجد فيها كنزاً.

كتاب الوصايا

ويشمل الموضوعات التالية:

الأول : الوصية بالسهم.
الثاني : الوصية بسهم من معين.
الثالث : الزيادة على مهر المثل في مرض الموت.
الرابع : من يدخل في الوصية للقرابة.
الخامس : الوصية للقاتل.
السادس : العطية في المرض الذي لا يرجى برؤه.
السابع : العطية في المعركة.
الثامن : تزاحم الوصايا في الثلث.
التاسع : عزل الوصي بالفسق.
العاشر : الوصية بجميع المال.
الحادي عشر: دخول الوصية في الدين.
الثاني عشر : وصية من دون العشر.
الثالث عشر: إخراج كل الثلث مما بيد الوصي إذا منع الورثة إخراجه مما بأيديهم.
الرابع عشر: ضمان الوصي لما أكله من مال اليتيم مقابل عمله.

كتاب الوصايا

مقدار الوصية بالسهم:

١ – مسألة: إذا وصى لرجل بسهم من ماله.

فنقل ابن منصور وحرب: له السدس إلا أنه تعول الفريضة فيعطي سهماً مع العول، فإن كانت الفريضة من ثمانية كان له التسع، وإن[١] كانت من عشرة فله سهم من أحد عشر سهماً مع العول.

ونقل الأثرم وأبو طالب: إذا وصى له بسهم من ماله يعطي سهماً من الفريضة فقيل: له سهم رجل أو إمرأة قال: أقل ما يكون من السهام. فظاهر هذا أنه اعتبر أقل سهام الفريضة، ولم يعتبر أقل نصيب الورثة. ويجب أن تكون هذه الرواية محمولة على أن له سهماً مما تصح منه الفريضة، ما لم يزد عن السدس فإن زاد على السدس رد إلى السدس وإن نقص لم يكن له زيادة عليه، وقال أبو بكر الخلال وأبو بكر عبد العزيز: له أقل سهام الورثة وهذا محمول على أن له أقل سهام الورثة ما لم يزد عن السدس فإن زاد رد إلى السدس وإن نقص لم يكن له[٢] زيادة عليه.

وجه الأولى: في أنه يستحق السدس ما روى عبد الله بن مسعود أن رجلاً جعل لرجل على عهد رسول الله – ﷺ – سهماً من ماله فسأل النبي – ﷺ – عن

---

(١) في (ب): «وإذا كانت»

(٢) سقطت كلمة: «له» من (أ).

ذلك فجعل له السدس[1] وروي عن ابن مسعود- رضي الله عنه- أنه من وصى بسهم من ماله فله السدس ولا يخلو أن يكون قاله من طريق اللغة أو التوقيف وأيها كان فهو حجة، وروى أياس بن معاوية: أن السهم في كلام العرب السدس ولأن الوصية عول في الفريضة وأقل فريضة يقع فيها العول ستة وأدنى ما تعول به سهم من ستة، وهو السدس فوجب أن يستحق السدس، والدلالة على أن له سدس عائل إذا عالت المسألة، هو أنه لما جاز أن يدخل النقص على الورثة بالعول عند ضيق السهام كذلك جاز أن يدخل على الموصى له في سهمه عند ضيق السهام.

ووجه الرواية الثانية: أنه يكون له أقل سهام الفريضة إذا لم يعتبر السدس هو أن اسم السهم يقع على ذلك، وهو متحقق، وما زاد عليه مشكوك فيه، وبيان هذا الاختلاف، في رجل كانت له زوجة وأبوان، وخمس بنات، ووصى لرجل بسهم من ماله، فإن قلنا: له السدس فنقول: للزوجة الثمن وللأبوين السدسان، وللبنات الثلثان، وللموصى له السدس، وأصل الفريضة من أربعة وعشرين، وعالت إلى سبعة وعشرين، للزوجة ثلاثة، وللأبوين ثمانية، وللبنات ستة عشر، ونضيف[2] إلى ذلك أربعة للموصى له، فيكون إحدى وثلاثين، ثلثا البنات ستة عشر لا تصح عليهم، فتضرب خمسة في إحدى وثلاثين يكن مائة وخمسة وخمسين، للزوجة خمسة عشر وللأبوين أربعون، وللموصى له عشرون، وللبنات ثمانون، لكل بنت ستة عشر[3]، وإن قلنا: له سهم مما تصح الفريضة

---

(١) مجمع الزوائد- كتاب الوصايا- باب فيمن أوصى بسهم من ماله ٢١٣/٤
قال الهيثمي: وفيه محمد بن عبيد الله العرزمي وهو ضعيف».

(٢) في (ب): «ويضاف».

(٣) حل المسألة بالشباك:

	٢٤	٣١×٥=١٥٥
زوجة	٣	١٥
أم	٤	٢٠
أب	٤	٢٠
خمس بنات	١٦	٨٠
وصية بالثلث	٤	٢٠

منـه، فنقول: أصلها من أربعة وعشرين، وقد عالت إلى سبعة وعشرين، فثلثا البنات لا يصح عليهن، فتضرب خمسة في سبعة وعشرين فيكون مائة وخمسة وثلاثين، ومنها تصح المسألة فنضيف إليها سهماً للموصى له فتصير مائة وستة وثلاثين للموصى له سهم وللزوجة خمسة عشر وللأبوين أربعون، وللبنات ثمانون، لكل واحدة ستة عشر. وإذا قلنا بقول أبي بكر وصاحبه وأن له أقل سهام الورثة فنقول أصلها من أربعة وعشرين وعالت إلى سبعة وعشرين، وتضم إليها مثل نصيب الزوجة وذلك ثلاثة، فيكون ثلاثين ثلثا البنات لا تصح عليهن فيضرب خمسة في ثلاثين فيكون[1] مائة وخمسين للزوجة خمسة عشر وللموصى له خمسة عشر وللأبوين أربعون وللبنات ثمانون، لكل بنت ستة عشر.

ما يستحقه من وصى له بعبد غير مسمى من عبيد معينين:

٢- مسألة: فإن أوصى لرجل بعبد من عبيده ولم يسمه.

فنقل ابن منصور: يعطى أحدهم ومعناه أن[2] الخيار في ذلك إلى الورثة في أي عبد شاءوا، وذكر الخرقي في مختصره أنه يقرع بينهم فيكون له أحدهم بالقرعة.

وجه الرواية الأولى: في أن للورثة الخيار في أي عبد شاءوا من سليم ومعيب وجيد ورديء أن الاسم يتناوله، ولا أصل له في الشرع فيرد إليه لأن الوصية عطية ويفارق هذا إذا نذر عتق رقبة أنه لا يجزىء فيها المعيب لأن للنذر أصلاً في الشرع وهو الكفارة.

ووجه الثانية: أنه لو وصى بعتق عبد من عبيده ولم يسمه[3] أظنه يخرج أحدهم بالقرعة رواية واحدة، ولا يرجع في ذلك إلى تعيين الورثة، كذلك إذا وصى لرجل بعبد لا يعينه يجب أن يعطى أحدهم بالقرعة.

---

(١) في (ب): «فيكن».

(٢) سقطت: «أن» من (أ).

(٣) سقطت كلمة: «ولم يسمه» من (أ).

الزيادة على مهر المثل في مرض الموت:

٣- مسألة: إذا تزوج امرأة في مرض الموت وأصدقها زيادة على مهر المثل.

فنقل أبو الحارث:أن الزيادة تسقط.

ونقل المروذي:أنها تعتبر من الثلث، قال أبو بكر- رحمه الله-:ما رواه المروذي قول قديم ويمكن أن تحمل المسألة على اختلاف حالين:فما نقله أبو الحارث في أنها تسقط: إذا كانت وارثة، وما نقله المروذي أنها من الثلث: إذا لم تكن وارثة حال الموت، وهو أن تكون مطلقة، وإن حملنا الكلام على ظاهره وأن الروايتين إذا كانت وراثية فوجه ما نقله أبو الحارث أن المحاباة في مرض الموت وصية، ألا تراها تعتبر من الثلث، والوصية لوارث لا تصح، كذلك ها هنا، وإذا زاد في صداقها فقد حاباها فيجب أن يبطل.

ووجه الثانية: أن المحاباة في الصداق لا تعتبر من الثلث، دليله إذا لم تكن وارثة.

من يدخل في الوصية للقرابة:

٤ - مسألة: إذا أوصى لقرابته، هل يدخل فيهم قرابته من قبل أمه؟

فنقل عبدالله وصالح وابن القاسم إن كان يصلهم في حياته دخلوا في الوصية وإن لم يصلهم لم يدخلوا، وذكر الخرقي في مختصره:أنهم يدخلون ولم يعتبر صلته لهم في حياته. ولا تختلف الرواية أنه يدخل في ذلك قرابته من قبل أبيه سواء كان يصلهم في حياته أو لا يصلهم، وجه قول الخرقي: أن العطية إذا كانت مستحقة باسم القرابة لم تدخل فيه قرابة الأم، بدليل سهم ذي القربى، قسمه النبي- ﷺ- على قرابة أبيه دون أمه كذلك ها هنا.

ووجه ما نقله عبد الله وصالح: أن اسم القرابة يقع عليهم حقيقة، فإذا كان يصلهم في حياته علم أنه قصدهم بعد موته، لأن القصد من الوصية البر والصلة.

الوصية للقاتل:

٥- مسألة: هل تصح الوصية للقاتل فقال شيخنا أبو عبد الله: يصح، وقد أومأ إليه أحمد في رواية ابن القاسم: إذا عفا عن الجراحة وعما يحدث منها، وهي خطأ جاز[١] عفوه من الثلث وهذا لا محالة وصية لقاتله، وقد أجازها، وقال أبو بكر في كتاب الجنايات: لا تصح الوصية للقاتل، كما لا يصح إرثه، وأجاز عفو المجروح عن الجراحة، وقد أومأ أحمد إلى بطلان الوصية في[٢] المدبر، إذا قتل سيده أنه يبطل التدبير والتدبير وصية.

وجه من قال بصحة الوصية: أن الوصايا[٣] تمليك يفتقر إلى اتحاد الملك فاشترك فيه القاتل وغير القاتل دليله[٤] البيع ولأن التهمة[٥] لا تلحق الموصى له لأنه إذا كان جرحه تقدم حالة الوصية ثم أوصى له فالتهمة معدومة لأن المجروح أوصى باختياره، وإن كانت الوصية تقدمت فالمجروح يمكنه الرجوع فيها فيؤمن أن يكون الجارح أقدم على الجرح لتتعجل له[٦] الوصية، فانتفت التهمة وتفارق الميراث لأن التهمة تلحقه.

ووجه من قال لا يصح: وهو أشبه بالمذهب- أن صحة الوصية وثبوتها يتعلق بالموت فالقتل[٧] يمنع منها كالميراث، يبين صحة هذا أن الميراث آكد في ثبوته من الوصية بدلالة أنه لا يدخل في ملك الوارث شاء أم أبى، والموصى له لا يملك الشيء إلا بالقبول والقتل[٨] يمنع الإرث فالوصية أولى[٩]، ولأن التهمة تلحق في ذلك وهو إذا قتله بوصية بأن أبان رأسه أو أجاز عليه في

---

(١) في (ب): «كان».

(٢) في (ب): «من المدبر».

(٣) في (ب): «الوصية».

(٤) سقطت كلمة: «دليله» من (ب).

(٥) في (أ): «ولا التهمة».

(٦) في (أ): «ليعجل».

(٧) في (ب): «فالقاتل».

(٨) في (ب): «ثم القتل».

(٩) سقطت كلمة: «أولى» من (أ).

الحال فالرجوع لا يمكن في ذلك، ولا يشبه هذا إذا عفا عن الجراحة لأن ذلك إسقاط وليس بتمليك.

وعندي أن لا فرق بين العفو عن أرش الجراحة وبين الوصية بمال، وأنه إن صح في أحدهما صح في الآخر وإن بطل في أحدهما بطل في الآخر لأن ذلك الإسقاط في معنى التمليك ولهذا المعنى اعتبر أحمد أن يعفو على الجراحة في قدر الثلث كما يوصى له بقدر الثلث.

العطية في المرض الذي لا يرجى برؤه:

٦- مسألة: في العطايا في الأمراض الممتدة التي لا يرجى برؤها كالسل والفالج والجذام هل يكون من الثلث أم من صلب المال؟

فقال أبو بكر في كتاب الشافي-: اختلف قول أبي عبد الله على وجهين: أحدهما أن كل من أطلق عليه المرض الذي يمنع معه الحركة والخروج والدخول فوصيته من الثلث.

والثاني: لا يكون من الثلث، وقد قال أحمد في رواية حرب: وصية المفلوج والمجذوم من الثلث[١]. وعندي أن صاحب هذه الأمراض إن كان صاحب فراش يمنعه من الدخول والخروج فهو من الثلث وإن طال مرضه وعلى هذا يحمل كلام أحمد، وإن كان يدخل ويخرج وبه هذه الأمراض فهو من جميع المال. فوجه من[٢] قال: إن عطاياه من الثلث: بأنه مرض الغالب منه الهلاك فكانت العطايا فيه من الثلث كالأمراض التي لا تمتد ويخاف معها الهلاك، والوجه في أنها من صلب المال، أنه لا يخاف الموت في يومين وثلاثة في العادة[٣] لأنها قد تمتد سنين، ويخاف[٤] عليه فهو كالصحيح الذي لا خوف عليه في العادة من الموت في الحال.

---

(١) في (ب): «حق الثلث».
(٢) في (ب): «وجه من قال».
(٣) سقطت كلمة: «العادة» من (ب).
(٤) في (ب): «وقد يخاف».

العطية في المعركة:

٧- **مسألة**: فإذا أعطى في حال التحام الحرب هل يعتبر ذلك من الثلث؟ فقال أبو بكر: قد روى صالح أن ذلك من جميع المال وخالفه ابن منصور.

ووجه الأولى: أن المخوف أن يحل ببدنه شيء يخاف منه التلف وهذا[١] لم يحل ببدنه شيء وإن التحم القتال فلهذا لم يكن مخوفاً.

ووجه الثانية: أن المخوف[٢] ما يخاف معه التلف.

وهذا المعنى موجود ها هنا فوجب أن يكون مخوفاً.

تقديم العتق على الوصايا إذا ضاق الثلث عنها:

٨- **مسألة**: إذا وصى بوصايا وفيها عتاقة وعجز[٣] الثلث عن جميع[٤] ذلك فهل يقدم العتق؟.

فنقل محمد: أن العتق مقدم.

ونقل أبو طالب: أن الكل سواء وهو اختيار الخرقي رحمه الله.

وجه الأولى أن للعتق من النفود[٥] ما ليس لغيره بدليل أن له تغليباً وسراية فجاز أن يكون له تغليب وسراية ها هنا.

ووجه الثانية: وهو أصح ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال في الرجل يوصي بالوصية فيها العتق وغيره قال بالحصص[٦] ولأن الكل في حال الاستحقاق سواء فيجب أن يتحاصا كما لو كانا من جنس واحد.

---

(١) في (ب): «وها هنا».
(٢) في (ب): «أن الخوف».
(٣) في (ب): «فعجز».
(٤) سقطت كلمة: «جميع» من (أ).
(٥) في (ب): «في النفوذ».
(٦) السنن الكبرى للبيهقي - كتاب الوصايا - باب الوصية بالعتق وغيره إذا ضاق الثلث عن حملها ٦/٢٧٧.

عزل الوصي إذ طرأ عليه الفسق:

٩- مسألة: إذا تغيرت حال الوصي بفسق هل تخرج الوصية من يده؟

فقال في رواية ابن منصور: إذا كان الوصي متهماً لم يخرج من يده ويجعل[١] معه آخر وهو اختيار الخرقي. وقال في رواية المروذي: إذا وصى إلى رجلين وأحدهما ليس بموضع للوصية لا يعطي يعني من الوصية. قيل له: أليس قد رضي به، قال: وإن رضي به.

وجه الأولى: أن الفسق يمنع من التصرف في الوصية بنفسه وهذا لا يوجب إخراجه من الوصية كما لو ضعف عنها ولأن الملتقط إذا كان فاسقاً فإن اللقطة لا تنتزع من يده بل يضم إلى يده يد أخرى، ولأن المعنى الذي أوجب قطع تصرفه وجود التهمة لأجل الفسق وهذا المعنى يزول إذا جعل معه أمين فعلى هذه الرواية يكون حكمه بطريان الفسق كحكمه[٢] إذا عجز عن القيام لضعف.

ووجه الثانية: وهو أصح عندي، أن الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية ألا ترى أن الأب إذا فسق بطلت ولايته وكذلك الحاكم، ولأن المذهب لا يختلف أنه لا تصح الوصية إليه ابتداء مع الفسق لوجود المعنى الذي ذكرنا كذلك إذا طرأ.

الوصية بجميع المال لمن لا وارث له:

١٠- مسألة: إذا لم يكن له وارث بعينه هل يجوز له أن يوصي بجميع ماله؟

فنقل المروذي: له أن يضع ماله حيث شاء.

ونقل ابن منصور: ليس له ذلك.

وجه الأولى: وهي أصح، أن[٣] ما زاد على الثلث مال للمريض ليس فيه

---

(١) في (ب): «وجعل».

(٢) في (أ): «فحكمه».

(٣) سقطت كلمة: «أن» من (ب).

حق لإنسان معين فله أن يوصي به ويهبه ويضعه حيث[1] يشاء كالثلث.

ووجه الثانية: أنها عطية تلزم بالموت فلم تلزم[2] في أكثر من الثلث كما لو كان له وارث مناسب.

وهذه الرواية أصح لأن أحمد- رضي الله عنه- قد نص على أن التوارث بالمعاقدة والحلف لا يصح وأنه يكون لبيت المال فالوصية بجميع ماله في معنى ذلك. فيجب ألا يصح. فعلى الرواية الأولى: من مات ولم يخلف وارثاً ينتقل ماله إلى بيت المال على حكم الفيء لا على حكم الإرث. لأنه لو كان إرثاً لم يشترك فيه الأب والجد ولم يستو فيه الذكر والأنثى، ولم يجز أن يخص بعض المسلمين ويحرم بعضهم، ولهذا المعنى قال أحمد- رضي الله عنه-: ذو الأرحام أولى من بيت المال، ولو كان إرثاً لم يقدمهم عليه- وعلى الرواية الثانية ينتقل إرثاً لأن المسلمين يعقلون عنه فجاز أن يرثوه كالموالي والإخوة والأعمام.

دخول الوصية في الدية:

١١- مسألة: إذا وصى لرجل بثلث ماله فقتل الموصي عمداً أو خطأ وأخذت ديته هل يكون للموصى له ثلث الدية؟

فنقل مهنا: يكون له ثلث الدية.

ونقل ابن منصور: ليس له من الدية شيء، ولا تختلف الرواية أن يقضي منها ديونه، ويقسم بين الورثة، كما يقسم سائر أمواله على قدر مواريثهم[3].

وجه الأولى: أنها تحدث على ملك الميت بدليل أنه يقضي منها ديونه ويرثها ورثته على فرائض الله عز وجل فيجب أن تجري فيها الوصية.

ووجه الثانية: أنها حدثت[4] على ملك الورثة لأنها بدل عن متلف فلم

---

(١) في (ب): «حيث أحب».

(٢) في (ب): «فلم تكن».

(٣) في (أ): «ميراثها».

(٤) في (ب): «تحدث».

يثبت[1] البدل إلا بعد حصول المتلف كسائر المتلفات والتلف إنما يحصل[2] بموت فتحدث الدية على ملك الورثة فلم يكن له فيها حظ، والأولى أصح.

وصية من دون العشر سنين

١٢- مسألة: في السن الذي تجوز وصية الصبي فيه فقال أبو بكر: لا يختلف المذهب أن ما دون سبع سنين لا تجوز وصيته وإذا بلغ عشر سنين فصاعداً جازت وصيته، وهل تصح فيا دون العشر وفوق السبع؟ على روايتين إحداهما: تصح لأنه في حكم المميز بدليل قول النبي - ﷺ -: مروهم بالصلاة لسبع[3] ولأنه يخير بين أبويه إذا بلغ سبعاً ويصح إسلامه. والثانية: لا يصح. لأن النبي - ﷺ - قال: واضربوهم عليها لعشر[4].

فلو كان[5] ابن سبع في حد التمييز لأمر بتأديبه على تركها كما أمر بذلك في ابن عشر.

إخراج كل الثلث مما في يد الوصي من التركة إذا منع الورثة إخراجه مما في أيديهم:

١٣- مسألة: إذا كان وصياً بتفرقة الثلث وفي يده بعض التركة وبقيتها في

---

(١) في (ب): «يحدث».
(٢) في (ب): «حصلت».
(٣) سنن أبي داود- كتاب الصلاة- باب متى يؤمر الغلام بالصلاة ٣٣٢/١ حديث /٤٩٤ بلفظ «مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين».
وحديث /٤٩٥ بلفظ: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين» وسنن الترمذي- أبواب الصلاة- باب متى يؤمر الصبي بالصلاة ٢٥٣/١ حديث /٤٠٥ بلفظ: «علموا الصبي الصلاة ابن سبع سنين».
وسنن الدارمي- كتاب الصلاة- باب متى يؤمر الصبي بالصلاة ٣٣٣/١ بلفظ الترمذي.
والفتح الرباني- كتاب الصلاة- باب أمر الصبيان بالصلاة ٢٣٧/٢ حديث /٨٤ و ٨٥
(٤) تقدم تخريجه في الحديث السابق في المسألة نفسها.
(٥) في (ب): «ولو كان».

يد الورثة فمنعوه من إخراج ثلث ما في أيديهم فهل يخرج ثلث جميع المال من القدر الذي في يديه؟

فنقل أبو الحارث:لا يخرج كما لا يجوز له استيفاء حقه من مال تحصل في يديه لمن له عليه الحق إذا أنكره.

ونقل أبو طالب: يخرج لأن حق الوصي متعين في جميع أجزاء التركة وتصرفه نافذ في أبعاضها فجاز أن يخرج جميع الثلث مما في يديه، ويفارق هذا[1] من له عليه حق أنه لا يأخذ مما في يديه لأن حقه غير متعين في شيء بعينه من مال من له عليه الحق.

ضمان الوصي لما أكله من مال اليتيم مقابل عمله:

١٤- مسألة: في الوصي إذا أكل من مال اليتيم بقدر عمله هل يضمنه؟ فنقل حنبل:لا ضمان عليه.

ونقل يعقوب بن بختان:يضمن ولا يختلف المذهب أنه له الأكل عند الحاجة وإنما الروايتان في الضمان.

فإن قلنا: لا ضمان عليه فوجهه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه رجلاً أتى رسول الله- ﷺ- فقال:إني فقير ليس لي شيء ولي يتيم له مال. فقال: كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبادر ولا متأثل[2].

فأباحه الأكل ولم يوجب عليه الضمان ولأنه عامل في مال من لا يمكنه موافقته فجاز له الأخذ بقدر عمله من غير ضمان، دليله العامل على الزكاة.

---

(١) سقطت كلمة «هذا» من (أ).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الوصايا- باب ولي اليتيم يأكل من ماله إذا كان فقيراً مكان قيامه عليه بالمعروف ٣٨٤/٦.

وسنن أبي داود- كتاب الوصايا- باب ما جاء في ما لولي اليتيم إن ينال من مال اليتيم ٢٩٢/٣ حديث/ ٢٨٧٢ وسنن ابن ماجه- كتاب الوصايا- باب قوله تعالى: «ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف» ٩٠٧/٢ حديث /٢٧١٨ وسنن النسائي- كتاب الوصايا- باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه ٢٥٥/٦.

ووجه الثانية: أن هذه ولاية مستفادة بعقد فلا يملك الأكل من المال المتصرف فيه بغير ضمان كالوكيل والقاضي فيما يأخذه من المال ولأنه لما لم يجز له أن يأخذ مع الغنى بقدر عمله لم يجز مع الحاجة كالقاضي إذا نظر في مال اليتيم وعيشة العامل على الزكاة والرزق الذي يأخذه القاضي يجوز مع الغنى والأولى أصح.

كتاب الوديعة
وقسم الفيء والغنيمة

ويشمل الموضوعات الآتية:

الأول: في ضمان الوديعة.
الثاني: في تخميس الفيء.
الثالث: في السلب.
الرابع: في الإسهام للكافر.
الخامس: في الإسهام للفرس.
السادس: في الإسهام للأجير والتاجر إذا حضر الوقعة.
السابع: في خمس الخمس.

كتاب الوديعة

وقسم الفيء وا لغنيمة

ضمان الوديعة إذا تلفت من حرز مثلها من بين متاع المودع:

١ - مسألة: اختلفت الرواية عن أحمد- رحمه الله- في الوديعة إذا تلفت من حرز مثلها من بين متاع المودع، فنقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث وبكر بن محمد: لا ضمان عليه ونقل حنبل وابن منصور: عليه الضمان، ولا تختلف الرواية أنها إن[1] ضاعت مع متاعه فلا ضمان عليه.

وجه الأولى: وهي الصحيحة، ما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - ﷺ - قال: «ليس على المستودع ضمان»[2] ولأنها وديعة تلفت من حرز مثلها فلم يضمنها كما لو تلفت مع متاعه.

ووجه الثانية: ما روى أنس- رضي الله عنه- أنه أودع وديعة- فهلكت فرافع إلى عمر فقال له عمر: هل هلك معها من مالك شيء؟ فقال: لا، قال

---

(١) في (ب): (إذا ضاعت).

(٢) سنن ابن ماجه- كتاب الصدقات باب الوديعة ٨٠٢/٢ حديث ٢٤٠١ «من أودع وديعة فلا ضمان عليه».

والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الوديعة- باب لا ضمان على مؤتمن ٢٨٩/٦.

وسنن الدارقطني- كتاب البيوع ٤١/٣ حديث ١٦٧ بلفظ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان».

أغرمها[1] .ولأنه إذا ادعى ضياعها من بين متاعه كان متهماً لأن الغالب أن الحرز إذا أهتك أخذ جميع ما فيه.

ضمان الوديعة إذا تلفت وقد خلطت بمال المودع:

٢- مسألة: فإن خلط الوديعة بملكه[2] وكانت تتميز[3] مثل أن كانت صحاحاً فخلطها في غلة، فنقل أبو طالب:لا ضمان عليه. ونقل ابن منصور وصالح:إذا استودع بيضاً فخلطها في سود فهلكت فعليه الضمان.

فظاهر هذا أنه ضمنه مع التمييز ويمكن أن يحمل هذا على أن البيض اسودت بعد الخلط فلم تتميز فلهذا ضمنه وإن حملنا الكلام على ظاهره فوجهه أنه خلط الوديعة بغيرها فكان عليه الضمان كما لو كان لا يتميز، وإذا قلنا:لا ضمان عليه وهو الصحيح فوجهه: أن الضمان يتعلق بخلط لا يتميز به ألا ترى أن المودع لو ترك ثوباً فوق الوديعة لم يضمن؟كذلك ها هنا.

تخميس الفيء والعشور والخراج وأموال من لا وارث له من الكفار:

٣- مسألة: في مال الفيء وهو ما أخذ من الكفار بحق الكفر بغير قتال وهو ما تركوه وهربوا فزعاً وخوفاً[4] وما أخذ منهم من العشور إذا دخلوا تجاراً وأموال الخراج وما صولحوا عليه ومن مات منهم ولا وارث له- هل[5] يخمس ذلك أم لا ...؟

فنقل أبو طالب عنه في مراكب حملتها الريح من بلاد الروم هي لمن أخذها، ولا تخمس إنما تخمس الغنيمة، فقد صرح بالقول فيها أنها لا تخمس[6]،

---

(١) مصنف عبد الرزاق- كتاب البيوع- باب الوديعة ١٨٣/٨ حديث ١٤٧٩٩ والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الوديعة- باب لا ضمان على مؤتمن ٢٨٩/٦.

(٢) في (ب): «بماله».

(٣) في (ب): «متميزة».

(٤) في (ب): «ما تركوه فزعاً وخوفاً وهربوا» بتقديم «فزعاً وخوفاً» على «هربوا».

(٥) في (أ): «قبل يخمس».

(٦) في (ب): «بالقول أنه لا يخمس».

وقال الخرقي في مختصره:مال الفيء مخموس، وبه قال أبو حفص العكبري من أصحابنا وزاد فقال إذا أراد الإمام قسم مال الفيء جزأه خمسة أجزاء بالسوية ثم أقرع عليه بقرعة. يكتب سهم الرسول- ﷺ - في رقعة وكل سهم في رقعة فإذا وقع بهم الرسول-ﷺ- على جزء[1] قسمه على خمسة، فإن قلنا:لا يخمس، فوجهه أنه مال أخذ بغير قتال ولا إيجاف البخيل فلم يخمس كسائر الأموال المأخوذة (منهم من المباحات وغيرها)[2] وإن قلنا:تخمس فوجهه قوله تعالى: «ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله والرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل»[3] وهذه الآية نزلت في بني النضير فتحها رسول الله- ﷺ - صلحاً على أن لهم كل صفراء وبيضاء وما تحمله الركاب وما تركوه فهو له، فحملوا ذلك، وتركوا الأرض، فقسمها رسول الله -ﷺ- على خمسة وعشرين سهماً[4]

(١) سقطت كلمة:«على جزء» من (ب).

(٢) سقط من (أ) قوله: «منهم من المباحثات وغيرها».

(٣) سورة الحشر الآية رقم ٧.

(٤) حديث بني النضير أخرجه البخاري في صحيحه- كتاب المغازي- باب حديث بني النضير ١٥/٣.

وأبو داود في سننه- كتاب الخراج باب ما جاء في خبر بني النضير ٤٠٤/٣ حديث ٣٠٠٤،

وعبد الرزاق في مصنفه- كتاب المغازي وقعة بني النضير ٣٥٨/٥ حديث ٩٧٣٣.

وذكرها ابن الأثير في جامع الأصول- كتاب الغزوات في حديث بني النضير ٢١٨/٨ حديث ٦٠٥٣ وساق الحديث الذي أخرجه أبو داود في الموضع السابق ولم أجد فيه نصا على اشتراطهم كل صفراء وبيضاء وإن كان ذلك داخلاً في عموم ما حملوه مما صالحوا عليه رسول الله- ﷺ- حيث ورد فيه أن لهم ما حملت الإبل غير الحلقة- وهي السلاح- فحملوا ما أقلت إبلهم من أمتعتهم وأبواب بيوتهم وخشبها ويؤيده ما ورد في قصة فتح خيبر من أن اليهود أخفوا مسكاً لحيي بن أخطب كان احتمله يوم بني النضير كما في سنن أبي داود- الكتاب السابق باب ما جاء في حكم أرض خيبر ٤٠٨/٣ حديث ٣٠٠٦.

وجامع الأصول- كتاب الجهاد- إجلاء اليهود من مدينة الرسول ﷺ ٦٤٢/٢ حديث ١١٣٠.

وكذلك لم أجد فيه نصاً على التقسيم الذي ذكره المؤلف وإن كان فيها أنه قسم أكثرها بين المهاجرين وقسم منها لرجلين من الأنصار كانا محتاجين وأخذ جزءاً منها.

وسنن أبي داود ومصنف عبد الرزاق الموضعين المذكورين.

وروى البراء بن عازب[1]. قال: لقيت خالي ومعه راية فقلت: إلى أين فقال: بعثني رسول الله -ﷺ- إلى رجل عرس بامرأة أبيه اضرب عنقه وأخمس ماله، فقد خمس مال المرتد ولأنه مال أخذ من المشرك بحق الكفر فيجب أن يخمس دليله ما أخذ بقتال، وكالركاز.

ومن قال بالأولى: أجاب عن الآية بأن المراد بها خمس الغنيمة بدليل قوله في سياقها: «كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم[2]» وإنما يكون هذا في الأراضي التي هربوا عنها حال القتال وأما حديث البراء فيحتمل أن يكون المعرس بامرأة أبيه قد تحيز إلى فئة وقاتل وحارب فصار ماله غنيمة، وأما مال الغنيمة فذلك مأخوذ بالقتال[3] وهذا بغير قتال وكذلك الركاز لأنه أخذ بالقهر لأن الكفار هربوا عن الديار وتركوها فهو مأخوذ بالقهر فلهذا خمس.

واحتج أبو حفص العكبري على القرعة بما روى نافع عن ابن عمر قال: رأيت المغانم تجزأ خمسة أجزاء ثم يسهم عليه فما صار لرسول الله -ﷺ- فهو له- لا

---

(١) سنن أبي داود- كتاب الحدود- باب في الرجل يزني بحريمه ٦٠٢/٤ حديث ٤٤٥٦ من غير ذكر للمال، وحديث ٤٤٥٧ بلفظ: «وآخذ ماله» من غير ذكر التخميس.
وسنن الترمذي- كتاب الأحكام- باب فيمن تزوج امرأة أبيه ٤٠٩/٢ حديث ١٣٧٣ وليس فيه ذكر للمال.
وسنن ابن ماجه- كتاب الحدود- باب من تزوج امرأة أبيه من بعده ٨٦٩/٢ حديث ٢٦٠٧ وليس فيه ذكر للمال، وحديث ٢٦٠٨ بلفظ: «وأصفى ماله» وليس فيه ذكر للتخميس.
وسنن النسائي كتاب النكاح- باب ما نكح الآباء ١٠٩/٦ بلفظ: «وآخذ ماله» من غير ذكر للتخميس.
والسنن الكبرى- للبيهقي- كتاب الفرائض باب ميراث المرتد ٢٥٣/٦ وكتاب الحدود باب من وقع على ذات محرم له ٢٣٧/٨. من غير ذكر للتخميس في الموضعين.
وكتاب قسم الفيء والغنيمة باب وجوب الخمس في الغنيمة والفيء ٢٩٤/٦.
وكتاب المرتد باب مال المرتد إذا مات أو قتل على الردة ٢٠٨/٨ بلفظ: «فضرب عنقه وخمس ماله في الموضعين».
ومجمع الزوائد كتاب الحدود- باب من أتى ذا رحم ٢٦٩/٦.
(٢) سورة الحشر الأية السابعة.
(٣) في (ب): «بقتال».

يختار-[1] وروى مالك بن عبد الله قال: قال عمر: من ها هنا من أهل الشام. قال: قلت:أنا. قال: أبلغ معاوية أن اذا غنمتم غنيمة تجزأ خمسة أسهم فاكتب على سهم منها:لله ثم أقرع حيث ما وقع فليأخذه.

وروى عاصم بن كليب قال: قدم علي عليّ مال من أصفهان فجزأه سبعة أجزاء فوجد فيه رغيفا فكسره سبع كسر ثم جعل على كل جزء كسرة ثم دعا أمراء الأجناد فأقرع بينهم أيهم يعطيه أولا[2]

استحقاق القاتل للسلب بغير شرط الإمام:

٤- **مسألة:** هل يستحق القاتل السلب بغير شرط الإمام، فنقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث:هو له وإن لم يأذن فيه، وهو اختيار الخرقي- رحمه الله-. ونقل حرب:ليس له ذلك إلا أن يكون[3] قتاله بإذن الإمام وهو اختيار أبي بكر الخلال.

وجه الأولى: ما روى أنس بن مالك- رضي الله عنه- أن النبي- ﷺ- قال يوم خيبر[4]: من قتل كافراً فله سلبه[5].

---

(١) هكذا في الأصل «لا يختار»- بالنفي- ومعناه:لا يأخذ الأفضل من غير إسهام ولعل الصواب (يختار)- بالإثبات- حتى يتفق مع مافي كتب الحديث ومعناه على هذا:يعطي من الخمس من يختار كما فسره الساعاتي في بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني ١٤/٧٥ والحديث أخرجه أحمد في المسند- الفتح الرباني- أبواب قسم الغنائم- باب فرض خمس الغنيمة ١٤/٧٥ والهيثمي كتاب الجهاد باب قسم الغنيمة ٥/٣٤٠.

(٢) سقطت كلمة:«يكون» من (أ).

(٣) كذا في المخطوطة والصواب يوم حنين كما في روايات الحديث.

(٤)

(٥) صحيح البخاري- كتاب المغازي- باب غزوة حنين ٣/٦٧.
عن أبي قتادة بلفظ «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه».
وصحيح مسلم- كتاب الجهاد- باب استحقاق القاتل لسلب القتيل ٣/١٣٧٠ حديث ١٧٥١. عن أبي قتادة بلفظ البخاري.
وسنن أبي داود كتاب الجهاد- باب السلب يعطى القاتل- ٣/١٥٩ حديث ٢٧١٧ عن أبي قتادة وحديث ٢٧١٨ عن أنس بلفظ:«من قتل كافراً فله سلبه.
وموطأ مالك- كتاب الجهاد- باب ما جاء في السلب في النفل ٢/٤٥٤ حديث ١٨ عن =

وهذا القول من النبي - ﷺ - ابتداء[1] شرع منه وبيان ما يستحق به السلب ولأنه ذو سهم غرر بنفسه بقتل كافر ممتنع حال القتال فوجب أن يستحق سلبه أصله إذا شرط الإمام.

ووجه الثانية: أنه مال يستحق بالتحريض على القتال فوجب أن يفتقر استحقاقه إلى شرط الإمام أصله النفل.

دخول الدابة في السلب:

٥ - **مسألة**: في الدابة، هل هي من جملة السلب....؟ فنقل الميموني وأبو النضر العجلي: أنها من السلب وهو اختيار الخرقي، ونقل الفضل بن زياد وإسحاق بن ابراهيم: ليست من السلب.

وجه الأولى: أنها تراد جنة للقتال فهي كالسلاح.

ووجه الثانية: أنها ليست بلباس فلم يكن من السلب كالرحل والنفقة التي في وسطه، فإن قلنا: انها من السلب فهل يفترق الحال بين راكبها أو قائدها؟ فنقل أبو طالب: إذا أخذ العنان بيده فهو سلب. ونقل ابن منصور وصالح والأثرم: لا يكون الفرس له إلا أن يكون العلج راكباً. قال أبو بكر الخلال: ما رواه أبو طالب قول قديم والذي اعتمد عليه ما رواه الجماعة وأنه إن كان راكباً على الفرس فهو من السلب وإن كان على وجه الأرض وعنان الدابة في يده لم يكن من السلب. فمن ذهب إلى رواية أبي طالب فوجهه أن الفرس يراد جنة للقتال فلا فرق بين أن يكون راكباً أو قائداً كما أن السلاح يراد جنة

= أبي قتادة «بلفظ البخاري». وسنن الترمذي - أبواب السير باب ما جاء فيمن قتل قتيلاً فله سلبه ٦١/٣ حديث ١٦٠٨ عن أبي قتادة بلفظ البخاري، وسنن بن ماجه كتاب الجهاد - باب المبارزة والسلب ٩٤٧/٢ حديث ٢ عن سمرة بن جندب بلفظ: «من قتل فله السلب» وسنن الدارمي - كتاب السير باب من قتل قتيلاً فله سلبه ٢٢٩/٢ عن أنس بلفظ: «من قتل كافراً فله سلبه».

والسنن الكبرى للبيهقي كتاب قسم الفيء والغنيمة - باب السلب للقاتل ٣٠٦/٦ عن أنس بلفظ: «من قتل كافراً فله سلبه».

(١) سقطت كلمة: ابتداء من (أ).

للقتال فلا فرق بين أن يقتله وهو لابسه وبين أن يكون الدرع والجوشن بيده في أنه يستحقه.

ومن قال: لا يكون من السلب فوجهه أن القتل حصل وهو نازل عن فرسه فلم يكن من السلب كما لو كان غلامه[1] يقوده خلفه.

الإسهام للكافر إذا غزا مع المسلمين:

٦- **مسألة**: في الكافر إذا غزا مع المسلمين هل يسهم له....؟

فنقل أبو طالب وابن إبراهيم وابن منصور: يسهم له وهو اختيار الخرقي وأبي بكر الخلال وصاحبه، ونقل أبو الحارث لا يسهم له ولكن يرضخ له.

وجه الأولى: وهي الصحيحة ما روى عن النبي - ﷺ - أنه قال: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[2] وهذا عموم ولأنه حر بالغ ذكر حضر الوقعة فأشبه المسلم ولأن كفره نقص في دينه فلم يحرمه السهم كفساق المسلمين.

ووجه الثانية: ما روى ابن عباس أن النبي - ﷺ - استعان بيهود من بني قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم لهم[3] ولأنه ليس من أهل الجهاد ولأنه لا يصفو قلبه مع أهل دين الله تعالى فيجب أن لا يسهم له.

---

(١) في (أ): (غلاماً).

(٢) بوب له البخاري بقوله- باب الغنيمة لمن شهد الوقعة وساق فيه قول عمر: «لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خيبر» صحيح البخاري ١٩٣/٢ وأخرجه البيهقي عن عمر موقوفاً بلفظ: «ان الغنيمة لمن شهد الوقعة» وعن أبي بكر موقوفاً أيضا بلفظ: «إنما الغنيمة لمن شهد الوقعة»

السنن الكبرى- كتاب قسم الغنائم باب المدد يلحق المسلمين قبل أن ينقطع الحرب ٣٣٥/٦.

وكتاب السير باب الغنيمة لمن شهد الوقعة ٥٠/٩ وعبد الرزاق عن عمر بلفظ البيهقي. المصنف- كتاب الجهاد- باب لمن الغنيمة ٣٠٢/٥ حديث رقم ٩٦٨٩.

وأخرجه الهيثمي عن عمر موقوفاً بلفظ: (ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ٣٤٠/٥.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب السير- باب ما جاء في الاستعانة بالمشركين ٣٧/٩ قال البيهقي: «وإنما غزوه بيهود قينقاع فإني لم أجده إلا من حديث الحسن بن عمارة وهوضعيف».

وباب الرضخ لمن يستعان به من أهل الذمة على قتال المشركين ٥٣/٩.

قال البيهقي: «تفرد بهذا الحسن بن عمارة، وهو متروك، ولم يبلغنا في هذا حديث صحيح».

مقدار سهم الفرس الهجين والبرذون:

٧- مسألة: هل يسهم للهجين والبرذون سهمان أم سهم...؟

فنقل أبو طالب وإسحاق بن إبراهيم وأبو الحارث ويوسف بن موسى وأبو داود وبكر بن محمد:يسهم له سهم وهو اختيار الخرقي وأبي بكر، ونقل إسماعيل بن سعيد والفضل بن عبد الصمد يسهم له سهمان وهو اختيار أبي بكر الخلال.

وجه الأولى: وهي الصحيحة ما روى أحمد قال:حدثنا زيد بن الحباب: حدثني معاوية عن أبي قيس عن مكحول أن رسول الله- ﷺ- أعطى الفرس العربي سهمين وأعطى الهجين سهماً[١].

وروى أحمد عن حماد الخياط عن معاوية بن صالح عن أبي بشر عن مكحول أن رسول الله- ﷺ- قال يوم خيبر: عربوا العربي وهجنوا الهجين للعربي سهمان وللهجين سهم[٢] وروى سليمان بن موسى أن أبا موسى الأشعري لما فتح العراق كتب إلى عمر بن الخطاب- رضي الله عنه-:إنا وجدنا بالعراق خيلاً عراض الدكا فما يرى أمير المؤمنين في سهامها....؟

فكتب اليه عمر: تلك البراذين فما قارب العتاق منها فاجعل له سهماً واحداً والغ ما سوى ذلك[٣] ولأنه لا يلحق العربي في الجري والسرعة فلم يسهم له سهمان، دليلة الآدمي، ولأنه حيوان يستحق من الغنيمة فلم يستوفي الاستحقاق جميع أجناسه دليله الآدمي لا يساوى بين المرأة والعبد والحر كذلك الفرس.

ووجه الثانية: أنه حيوان يسهم له فيجب أن يسهم لجميع أجناسه على حد واحد كالآدمي الحر يستوي فيه المريض والصحيح والعربي والعجمي ولأن العربي أحد وأسرع وأطوع والبرذون[٤] أشد وأكد وأصبر فما في العربي من

(١) السنن الكبرى للبيهقي كتاب قسم الفيء والغنيمة- باب ما جاء في سهم البراذين، والمقاريف، والهجين، ٦/٣٢٨.

بلفظ: «اسهم رسول الله ﷺ للعراب سهمين وللهجين سهماً»

(٢) المرجع السابق.

(٣) مصنف عبد الرزاق: كتاب الجهاد باب السهام للخيل ٥/١٨٦ رقم ٩٣٢٥

(٤) في (أ) «والبروذن» بتقديم الواو على الذال وهو خطأ.

الحدة والسرعة يقابله ما في والبرذون من الصبر والشدة فتساويا إذا كان كل واحد منهما يكر ويفر.

الإسهام للأجير والتاجر إذا حضر الوقعة:

٨- **مسألة**: في الأجير إذا حضر الوقعة والتاجر هل يسهم له فنقل أبو داود وأبو طالب يسهم للتاجر والبيطار والحداد وهو اختيار أبي بكر الخلال وأبي بكر عبد العزيز، ونقل صالح وابن منصور وأبو طالب: لا يسهم للأجير إذا غزا ويمكن أن يحمل هذا على الأجير الذي يستأجره الإمام للجهاد فلا يسهم له ويعطوا الأجرة وقد يصح الاستئجار على الجهاد لأهل الذمة وإن حملنا الكلام على ظاهره فمن ذهب إلى أنه لا يسهم لهم يقول:لأنه مستحق المنفعة أشبه العبد ولأنه ما حضر للجهاد(١) وإنما حضر للخدمة وطلب الأجرة والتجارة وطلب الربح فيجب أن لا يسهم له يبين صحة هذا وأنه ليس بمجاهد قول النبي-ﷺ-: «انما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله(٢) فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه(٣)» ومن ذهب إلى أنه يسهم له وهو الصحيح فوجهه أن السهم يستحقه بالحضور وقد حضر الوقعة مع كونه من أهل(٤) المنفعة وقد فعل فيجب أن يستحق السهم ولأنه حضر الوقعة مع كونه

---

(١) في (أ):«ما حضر الجهاد».

(٢) في (أ):(وإلى رسوله).

(٣) صحيح البخاري- باب كيف كان بدء الوحي ١/٥،٦ .
وصحيح مسلم- كتاب الإمارة- باب قوله ﷺ:إنما الأعمال بالنية ١٥١٥/٣ حديث ١٩٠٧.
وسنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب فيما عنى به الطلاق والنيات ٦٥١/٢ حديث ٢٢٠١.
وسنن الترمذي أبواب الجهاد- باب ما جاء فيمن يقاتل رياء وللدنيا ١٠٠/٣ حديث ١٦٩٨.
وسنن النسائي- كتاب الطلاق- باب الكلام إذا قصد به فيما يحتمل معناه ١٥٨/٦.

(٤) في (ب):«وقد حضر والأجرة بالتمكين من المنفعة وقد فعل.

من أهل الجهاد أشبه[١] غير الأجير وغير التاجر ولأنها عبادة من شرط وجوبها الزاد والراحلة فوجب أن يكون الأجير وغيره فيها سواء كالحج ويفارق هذا العبد[٢] لأنه مع سيده لم يسهم له.

تفضيل الذكور على الإناث في خمس الخمس:

٩- مسألة: في خمس الخمس الذي لبني هاشم وبني المطلب هل يفضل فيه الذكور على الإناث أم هم فيه سواء....؟

قال[٣] الخرقي: للذكر مثل حظ الأنثيين، وقال الشيخ أبو عبد الله ظاهر: كلام أحمد- رحمه الله- أنهم سواء لأنه قال في رواية الميموني وأحمد بن سعيد: سهم[٤] ذوي القربى لبني هاشم وبني عبد المطلب خاصة ولم يحكم بالتفضيل.

وجه ما قاله الخرقي وهو الصحيح: أنه مال مستحق بالقرابة شرعاً فوجب أن يفضل فيه الذكر على الأنثى كميراث الأخوة والأخوات من الأب والأم[٥] وهذا ظاهر على أصلنا وأن السهم مستحق باسم القرابة.

ووجه الثانية: أنه سهم من الخمس فلا يجب فيه تفضيل الذكر[٦] على الأنثى دليله سهم اليتامى والمساكين.

مسائل في مصارف الزكاة وتشمل:

دفع الزكاة إلى صنف واحد من أهلها:

١- مسألة: هل يجوز وضع الزكاة في أحد الأصناف أم لا...؟

فنقل أبو طالب: إذا وضعها في صنف واحد أجزأه أومأ إليه أيضاً في

(١) في (ب): (فأشبه).
(٢) في (ب): ويفارق العبد- من غير كلمة (هذا).
(٣) في (ب): فقال.
(٤) سقطت كلمة: (سهم) من (أ).
(٥) في (أ): «والأب والأم».
(٦) في (ب): «فلا يجب تفضيل الذكر فيه» بتأخير كلمة: «فيه».

رواية الأثرم وإبراهيم بن الحارث: ويعجبني أن يقسم في كل صنف على ظاهر القرآن وهذا على طريق الاختيار وهو اختيار الخرقي.

وقال في رواية ابن القاسم: أرى أن يعطي أهل السهمان كلهم لا يحرم منهم واحد وهو اختيار أبي بكر ويمكن أن يحمل هذا الكلام على طريق الاختيار فتكون المسألة رواية واحدة في الأجزاء وإن حمل الكلام على ظاهره.

فوجه من قال: لا يجوز وضعها في صنف واحد أنه مال[1] مضاف[2] إلى أقوام موصوفين شرعاً فلم يجز تخصيص بعضهم به مع وجود غيرهم كخمس الغنائم فإنه لا يجوز أن يقتصر على بعضهم رواية واحدة كذلك في باب الزكاة والدلالة على أنه يجزىء وضعها في صنف واحد قوله تعالى: «وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم[3] وقول النبي - ﷺ - «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم فأردها في فقرائكم[4]».

وهذا يقتضي جواز دفعها فيهم ولأنها صدقة لغير أعيان فجاز صرفها إلى صنف واحد كالكفارات.

وإذا قال: إن شفى الله مريضي فمالي صدقة.

ومن قال بهذا أجاب عن خمس الغنيمة بأن سبب الاستحقاق فيه يختلف فبعض الأصناف يأخذه بالقرابة فيستوي فيه الغني والفقير وهم بنو هاشم وبنو المطلب وبعضهم يأخذه مع الحاجة والفقر وهم اليتامى والمساكين وابن

---

(١) سقطت كلمة: «مال» «من «أ».

(٢) في (ب): «يضاف».

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧١.

(٤) لم أجد الحديث بهذا اللفظ وبمعناه قول الرسول ﷺ في حديث معاذ حين بعثه الرسول ﷺ إلى اليمن: «فإن هم أطاعوا لك فاخبرهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم».

أخرجه البخاري في الزكاة- باب وجوب الزكاة ١/٢٤٢ ومسلم في الايمان- باب الدعاء إلى شهادة ألاّ اله إلا الله ١/٥٠ حديث ١٩.

والترمذي في الزكاة باب كراهية أخذ كرائم الأموال ١/٦٩ حديث ٦٢١.

وابن ماجه في الزكاة باب فرض الزكاة ١/٥٦٨ حديث ١٧٨٣.

السبيل[1]، وبعضهم للمصالح وهو سهم الرسول- ﷺ- وليس كذلك الزكاة لأن سبب استحقاقها متفق وهو الحاجة لأنه إنما يأخذها لحاجة إليها كالفقراء والمساكين والغارمين[2] وابن السبيل أو لحاجتنا إليهم وهو العاملون عليه والمؤلفة قلوبهم وفي سبيل الله فلهذا جاز الاقتصار على صنف واحد.

تأخير إخراج الزكاة لدفعها إلى الأقارب بالتدريج:

٢- مسألة: هل يجوز تأخير الزكاة ليخرجها إلى أقاربه الذين يجوز له دفع الزكاة[3] إليهم فيدفعها إليهم وقتاً بعد وقت.....؟ فنقل أبو طالب: لا بأس أن يعطي قرابته المحتاجين كل شهر عشرة دراهم من الزكاة.

ونقل الفضل بن زياد: لا يجوز أن يجري عليهم في كل شهر. قال أبو بكر: مسألة الفضل على أنه لا يجوز حبسها إذا جاء وقتها فأما إذا أخرجها على وجه السلف فلا بأس بذلك فكأنه حمل المسألة على اختلاف حالين: فالذي نقله أبو طالب على أنه سلف الزكاة وجعلها نفقة لأقاربه، والموضع الذي منع على أنها قد وجبت فلا يجوز تأخيرها وإن[4] حملنا الكلام على ظاهره فوجه ما نقله أبو طالب أن هذا التأخير في حكم التقديم لأنه على الإخراج أولا فأولا وإنما يمتنع من التأخير رأساً.

ووجه ما نقله الفضل: أن وجوب الزكاة على الفور، لأن وجوبها معلق بشرط وهو وجود النصاب والحول فإذا وجد الشرط تعلق الحكم به كالطلاق المعلق بشرط وكالحج عند وجود الزاد والراحلة، وإذا كان الوجوب على الفور لم يجز التأخير مع القدرة على إمكان الإخراج[5].

---

(١) في (ب): «وأبناء السبيل».
(٢) في (أ): «والغازين».
(٣) في (ب): «الصدقة».
(٤) في (أ): «وقد حملنا».
(٥) في (ب): «على إكمال الإخراج».

دفع الزكاة إلى المؤلفة قلوبهم في حال عز الإسلام:

٣- **مسألة:** هل يجوز أن يتألف المشركون في وقتنا هذا على الإسلام بدفع الزكاة إليهم....؟

فنقل أبو طالب وإبراهيم بن الحارث:جواز ذلك وهو اختيار الخرقي وأبي بكر ونقل حنبل لا يجوز،وأن حكمهم قد انقطع اليوم.

وجه الأولى: أن المؤلفة من أحد الأصناف فكان حكمهم باقياً بعد النبي- ﷺ- دليله الفقراء والمساكين والعاملون ولأن المعنى الذي كان (الرسول- ﷺ) يعطيهم[١] (من أجله) قبل وفاته موجود بعد وفاته فيجب أن يعطيهم.

ووجه الثانية: أن عمر وعثمان وعلياً ما كانوا يعطون المؤلفة شيئاً[٢] ولأن الله تعالى قد أعز الإسلام عن أن يتألف له من يكف شره من المشركين[٣] أو يرجى إسلامه منهم.

دفع الزكاة إلى المكاتب:

٤- **مسألة:** هل يجوز أن يدفع الزكاة إلى المكاتب....؟

فنقل الأثرم:لا يجوز.

ونقل المروذي وغيره:الجواز وهو أصح .

وجه الأولى: أنه ناقص بالرق فلم يجز دفع الزكاة إليه كالعبد.

ووجه الثانية: قوله تعالى: «وفي الرقاب»[٤]. ولأن المكاتب غارم بسبب مباح فجاز الدفع إليه دليله الحر الغارم.

---

(١) في (أ):«الذي جاز أن يعطيهم الرسول من أجله ».

(٢) لم أجد نصاً عن عمر وعثمان وعلي في عدم اعطاء المؤلفة قلوبهم وقد أخرج ابن أبي شيبة عن جابر عن عامر قال: إنما كانت المؤلفة قلوبهم على عهد رسول الله- ﷺ- فلما ولي أبو بكر انقطعت »

ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب الزكاة- باب في المؤلفة قلوبهم هل يوجدون اليوم أو ذهبوا ٣/٢٢٣ .

(٣) سقطت كلمة:(المشركين) من « أ ».

(٤) التوبة الآية (٦٠)

إعتاق الرقاب من الزكاة:

٥- **مسألة:** هل يجوز أن يعتق من زكاته رقبة كاملة....؟ فنقل الميموني: وابن منصور: جواز ذلك وهو اختيار الخرقي، ونقل المروذي وصالح: كنت أذهب إلى أن يعتق ثم إنني جبنت عنه.

فظاهر[١] هذا أنه رجع عن قوله بجواز العتق ولكن أصحابنا حملوا المسألة على روايتين.

فإن قلنا: يجوز أن يعتق منها فوجهه أنه صرف الزكاة في حرية الرقاب فأشبه إذا دفعها إلى المكاتب.

وإذا قلنا: لا يجوز أن يعتق منها وهو أصح فوجهه أنهم صنف من أهل الصدقات فوجب أن يكونوا على صفة يصح صرف الصدقة إليهم كسائر الأصناف.

فإذا قلنا: يعتق منها رقبة كاملة فهل يعقل عنها رب المال؟ فنقل الميموني: يعقل عنه. ونقل أحمد بن هاشم: جنايته في رقبته، هو رجل من المسلمين ولا تختلف[٢] الرواية أن ولاءه لا يكون لسيده بل يصرف في الرقاب.

وحكى أبو بكر عن أبي بكر الخلال أنه قال: جنايته في رقبته لا يعقل عنه السيد لأنه لا يرث من ولائه شيئاً.

وما رواه الميموني عنه[٣] فهو قول قديم، وقال أبو بكر بن جعفر: الذي أقول به ما رواه الميموني، وأن معتقه يعقل عنه وإن لم يرثه ولا يمتنع مثل هذا لأن من أعتق سائبة فلا ولاء له عليه ويعقل عنه وكذلك الحكم في عبد له بنتان اشترت إحداهما أباها عتق عليها وتنفرد بالولاء فيما زاد على الفرض والعقل عليهما جميعاً وإنما لم يرثه السيد بالولاء لأن عتقه مستحق عليه فلا نعمة له عليه يستحق بها الولاء ولأنه أخرجه عما استحق عليه، فلم يثبت له حق على المستحق الذي هو العبد، دليله إذ دفع الزكاة إلى الفقير فإنه لا يثبت له حق على المستحق وهو الفقير كذلك ها هنا.

---

(١) في (ب): «وظاهر».
(٢) في (أ): «لا تختلف» من غير واو.
(٣) سقطت كلمة: (عنه) من «أ».

دخول الحج في السبيل الذي تصرف الزكاة فيه:

٦- **مسألة:** هل الحج من السبيل فيجوز صرف الزكاة فيه...؟

فنقل حنبل وصالح وإسحاق بن إبراهيم:لا يعطى في الحج.ونقل الميموني وعبد الله والمروذي يعطى في الحج والعمرة وهو اختيار الخرقي.

وجه الأولى: أن كل صنف (من أهل الصدقة يأخذها إما لحاجتهم إليها كالفقراء والمساكين وابن السبيل أو لحاجتنا إليهم كالعاملين والمؤلفة قلوبهم كذلك هذا الصنف[١]) فوجب أن يكون بهذه الصفة وهذا إنما يكون في المجاهدين فإن الصدقة تدفع إليهم فيدفعون الكفار عنا فأما إذا دفع[٢] في الحج فإنه لا يكون دفعاً إلى من يحتاج إلينا ولا (إلى)[٣] من نحتاج إليه.

ووجه الثانية: وهي أصح ما روي أن رجلاً وقف ناقة في سبيل الله (فأرادت امرأته أن تحج فقال لها رسول الله- ﷺ-: اركبيها فقالت:إنما وقفها زوجي في سبيل الله[٤])وروي عن أم عطية[٥] قالت:يا رسول الله نذرت أن أجعل ناقتي في سبيل الله فقال: اجعليها في الحج[٦]- ولأن الحج سفر يتعلق وجوبه بالمال فجاز أن يكون من السبيل أو فجاز صرف الصدقة إليه كالجهاد.

شراء عدة الجهاد من الزكاة:

٧- **مسألة:** هل يجوز أن يشتري الكراع والسلاح من الزكاة ويصرفه إلى الجهاد.....؟

فنقل بكر بن محمد وهارون بن عبد الله: يعطى ثمن الفرس ولا يتولى هو

---

(١) سقط من (أ) قوله:« من أهل الصدقة » إلى « كذلك هذا الصنف ».

(٢) في (ب):(صرف).

(٣) سقطت كلمة:(إلى) من (أ).

(٤) سقطت من (أ) قوله:« فأرادت امرأته أن تحج » إلى قوله « فقالت:إنما وقف زوجي في سبيل الله ».

(٥) سنن أبي داود- كتاب المناسك- باب العمرة ٢/ ٥٠٣، ٥٠٤ حديث ١٩٨٨، ١٩٨٩، ١٩٩٠.

(٦) بحثت عنه فلم أجده.

شراءه.ونقل محمد بن الحكم يجعل من زكاة ماله في السيف والفرس والرمح وإن اشترى به أرجو أن يجزيه، قال أبو بكر: دفع الدراهم أمكن على مذهبه لأنه لا يرى دفع العروض في الزكاة.

وجه الأولى: أن سبيل الله أحد الجهات التي ينصرف إليها الزكاة فلم يجز صرف القيمة فيها، دليله الفقراء والمساكين ولأنه أخرج[1] القيمة في الزكاة فلم يجز، دليله ما ذكرناه ويمكن أن يحمل ما قاله في رواية محمد بن الحكم على أن الإمام يتولى صرف الزكاة في الفرس والرمح لأن الفرض قد سقط عن صاحبها بالدفع إليه فأما أن يكون رب المال هو الفاعل لذلك فلا.

دفع زكاة المرأة إلى زوجها

٨- **مسألة:** هل يجور للمرأة دفع زكاتها إلى زوجها؟

فنقل أبو طالب، وابن مشيش: لا يجوز،ونقل صالح وأبو الحارث:الجواز ولا تختلف الرواية في الزوج[2] أنه لا يجوز دفع زكاته إلى زوجته.

وجه الأولى: أن بينهما زوجية فمنعت من دفع الزكاة؛ دليله الزوج إذا أراد أن يدفع زكاته إليها فإنه لا يجوز كذلك هي ها هنا[3]. ولأنه لما لم يجز له أن يعطيها لم يجز لها أن تعطيه كالابن مع أمه.

ووجه الثانية: أن الزوجية سبب لا تجب به النفقة عليها بحال فلم تحرم دفع صدقتها إليه كالنسب المتباعد ويفارق هذا الزوج انه لا يجوز له دفع الزكاة إليها[4] لأنه تجب نفقتها عليه فهي غنية به فلهذا لم يجز دفع صدقته إليها.

ضمان الزكاة إذا دفعت إلى من ظاهره الفقر فبان غنياً:

٩- **مسألة:** إذا دفع الزكاة إلى من ظاهره الفقر فبان غنياً.

---

(١) في (أ):(إخراج القيمة).
(٢) سقطت كلمة:«الزوج» من أ.
(٣) سقطت كلمة: «هاهنا» من (ب).
(٤) سقطت من (ب) كلمة:(إليها).

فنقل أبو طالب ومهنا: لاضمان عليه، ونقل المروذي: يضمنها. ولا تختلف الرواية أنه إذا بان[1] عبداً أو كافراً أو من ذوي القربى أنه يضمنها ولا تجزئه.

وجه الأولى: وهي الصحيحة أن الغني طريقه الظن والاجتهاد لأن من الناس من يكون غنياً في الظاهر فقيراً في الباطن، ومنهم من يكون غنياً في الباطن فقيراً في الظاهر فإذا تبين[2] له خلاف ما ظنه حال الدفع فقد انتقل من اجتهاد إلى اجتهاد فلا يفسح الاجتهاد الأول كالحالم إذا لاح له اجتهاد بعد ما قضى بالاجتهاد ويفارق هذا إذا دفع إلى عبد أو كافر أو مناسب أو هاشمي أنه لا يجزيه[3] لأنه انتقل من اجتهاد إلى قطع ويقين لأن الكفر طريقه القطع واليقين ولهذا يقتل عليه وكذلك الزوجية مثله ولهذا يتعلق بها إباحة الوطأ، وكذلك ملك اليمين يتعلق بها إباحة الوطأ، وكذلك النسب، ولهذا إذا نفى الولد لا عن أو أحد فلهذا فسخ الاجتهاد الأول، وهذه الرواية أشبه بالمذهب ولهذا إذا بان له الخطأ في القبلة لا يعيد.

ووجه الثانية: أنه دفع الزكاة إلى غير مستحقها فلم يجز، دليله الأم والأب والهاشمي، ولأنه حق لآدمي يضمن مع العبد جاز أن يضمن مع الخطأ كما لو كانت عنده وديعة فدفعها إلى غير صاحبها.

---

(١) في (ب): (أنه عبد).

(٢) في (ب): فإذا ما تبين.

(٣) في (ب): «لا يحرم» وهو تحريف.

كتاب الفرائض

ويشتمل على الموضوعات التالية:

الأول: في التوارث بين أهل الملل.
الثاني: في منزلة العمة في الميراث.
الثالث: في التسوية بين ذكور ذوي الأرحام وإناثهم.
الرابع: في الرد على الجدة وولد الأم مع ذي سهم.
الخامس: في إرث الجدات.
السادس: في الإرث بالولاء.
السابع: في سريان العتق.
الثامن: في ميراث المرتد.
التاسع: في ميراث ولد الملاعنة.
العاشر: في من أسلم على ميراث قبل أن يقسم.
الحادي عشر: في الإرث بقرابتين.
الثاني عشر: في إرث المبتوتة في مرض الموت.
الثالث عشر: في قسمة التركة قبل اتضاح الخنثى.
الرابع عشر: في القتل المانع من الإرث.

كتاب الفرائض

التوارث بن أهل ملل الكفر المختلفة

١- مسألة: في الكفر هل هو ملل أم ملة.....؟

فنقل ابن منصور: لا يرث اليهودي النصراني، فعلى هذا ثبت أن الكفر ثلاث ملل: اليهودية ملة، والنصارى ملة، والمجوس وعبدة الأوثان ملة، وهو اختيار أبي بكر.

ونقل حرب: يرث اليهودي النصراني فعلى هذا الكفر كله ملة، وهو اختيار أبي بكر الخلال.

وجه الأولى: ما روي عن النبي - ﷺ - قال: «لا يتوارث أهل ملتين شتى»[1].

وهذا عام ولأن مللهم مختلفة فأشبه ملة الإسلام والكفر ولأن التوارث

---

(١) سنن الترمذي- أبواب الفرائض- باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر ٣/ ٢٨٧ حديث ٢١٩١ بلفظ: «لا يتوارث أهل ملتين».

وسنن أبي داود- كتاب الفرائض- باب هل يرث المسلم الكافر ١٣/ ٣٢٨ حديث ٢٩١١ بلفظه.

وسنن ابن ماجة كتاب الفرائض- باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ٢/ ٩١٢ حديث ٢٧٣١ بلفظ الترمذي.

وسنن الدارقطني في الفرائض ٤/ ٧٢ حديث ١٦ بلفظ الترمذي، ٤/ ٧٥ بلفظ أبي داود.

وسنن الدارمي كتاب الفرائض- باب ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام ٢/ ٣٦٩ بلفظ الترمذي.

يثبت بالموالاة وإن كان الدين واحداً فإذا سقطت الموالاة سقط التوارث.

ألا ترى أنه لا توارث بين أهل الإسلام والكفر[1] لوجود هذاالمعنى؟ وكذلك لا توارث بين أهل الذمة وأهل دار الحرب.

ووجه الثانية: أنه يجمعهم الضلال والكفر فأشبه فرق اليهود وفرق النصارى ولأن الذمة سبب يحقن به دم من ضمه ذلك السبب فكانوا ملة واحدة وجرى بينهم التوارث كالإسلام فنقيس عقد الذمة على الإسلام والأولى أصح.

منزلة العمة في الميراث:

٢- مسألة: في العمة: فنقل المروذي وإسحاق بن إبراهيم وإسحاق بن منصور هي بمنزلة الأب ونقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث وحنبل:هي بمنزلة العم وهو اختيار أبي بكر.

وجه الأول: ما روى عبد الله بن أحمد قال: حدثني أبي قال: حدثنا يزيد قال: أخبرنا الحجاج بن أرطاه عن الزهري أن رسول الله- ﷺ- قال: العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم[2]. ولأن العمة تدلى بأربع جهات وارثات- تدلى بالأب، والجد، والجدة، والعم، لأنها بنت الجد والجدة وهي أخت الأب والعم- فإذا اجتمع لها هذه الجهات الأربع الوارثات ولم ترث بجميعها وجب أن ترث بأقواها وهو الأب ألا ترى أنهم قالوا في المجوسي إذا كان له قرابتان ورث بأقواها ومنهم[3] من قال

---

(١) في (ب):« الذمي ».

(٢) سنن الدارقطني في الفرائض ٤/ ٩٤ حديث ١٠٠ عن عمر موقوفاً.

وسنن الدارمي- في الفرائض- باب ميراث ذوي الأرحام ٢/ ٣٦٧ عن عمر موقوفاً.

ومصنف عبد الرزاق- كتاب الفرائض- باب ميراث الخالة والعمة- ١٠/ ٢٨٢، ٢٨٣ رقم ١٩١١٢، ١٩١١٣، ١٩١١٤ عن عمر و ١٩١١٥ عن ابن مسعود.

والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الفرائض- باب من قال بتوريث ذوي الأرحام ٦/ ٢١٦، ٢١٧ موقوفاً.

(٣) سقطت كلمة:(ومنهم) من (ب).

يرث[1] بجميعها كذلك العمة لما لم ترث بجميعها:ورثت بأقواها وكذلك قالوا في الجدة إذا كان لها قرابتان مثل أن تكون جدة من قبل أم وجدة من قبل أب منهم من ورثها بها ومنهم من ورثها بأقواها- كذلك هاهنا.

ووجه الثانية: أنا إذا نزلناها بمنزلة أب، أسقطت من هو أقرب منها وهم ولد الأخوات وبنات الإخوة لأنهم ولد الأب وهي من ولد الجد ولا يجوز أن يسقط الأبعد الأقرب وإذا نزلناها بمنزلة العم لم يوجد هذا المعنى.

التسوية بين ذكور ذوي الأرحام وإناثهم في الميراث:

٣- **مسألة:** هل يرث الذكور والإناث من ذوي الأرحام بالسوية إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة، أم يفضل الذكر على الأنثى؟

فنقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث وحنبل في ولد الخال والخالة:يعطون بالسوية ولا يفضل بعضهم على بعض.

فظاهر هذا أنه سوى بين الذكور والإناث. ونقل يعقوب بن بختان: إذا ترك ولد خاله وخالته أجعله بمنزلة الأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثين. وكذلك ولد العم فظاهر هذا أنه فضل الذكور على الإناث، وكذلك نقل المروذي للخال الثلثان وللخالة الثلث، قال أبو بكر:المسألة على روايتين:

إحداها: أنهم يرثون بالسوية، والثانية: يرثون للذكر مثل حظ الأنثيين، فجعل الروايتين في جميع ذوي الأرحام، وقال الخرقي في مختصره:ويورث الذكور والإناث بالسوية إلا الخال والخالة فللخال الثلثان وللخالة الثلث فخص الخال والخالة بالتفضيل وسوى بينهم فيما عداهما ولم أجد هذا بعينه عن أحمد.

وجه من سوى بينهما: أنهما في القرابة سواء وليس لاحدهما تعصيب فيجب أن يسوى بينهما لتساويهما في النسب المستحق ولأنهم يرثون بالرحم المحض فاستوى الذكر والأنثى كالإخوة والأخوات من الأم وكابن أخت وبنت أخت أخرى.

---

(١) سقطت كلمة:(يرث) من (أ).

ووجه من فضل بينهما: أنه لو وجبت التسوية بينهما لوجب مثله في الخال والعمة لأنهما في درجة واحدة ولوجب مثله في الأخوال والخالات المتفرقين لأنهم في درجة واحدة وقد أدلوا بشخص واحد ولما لم يسو بينهم كذلك هاهنا في غيرهم.

الرد على الجدة وولد الأم مع ذي سهم:

٤- **مسألة**: هل يرد على ولد الأم والجدة مع ذي سهم فنقل ابن منصور: لا يرد عليهم ويرد على من سواهم، قال الخرقي: ويرد على كل أهل الفرائض على قدر فرائضهم إلا الزوج والزوجة، ولا تختلف الرواية أنه لا يرد على الزوج والزوجة. وجه ما نقله ابن منصور أنه إذا اجتمع في الفريضة أم وإخوة من أم فإنما قلنا: يرد على الأم دون الإخوة من الأم لأن سبب الأم آكد بدليل أنه لا يسقط إرثها بحال والإخوة من الأم يسقطون في مواضع ولأنهم بها يدلون[١] فكانت أقوى حالاً منهم، وكذلك الجدة إذا اجتمعت مع الإخوة والأخوات من الأب والأم أو من الأب لأنهم آكد إرثاً منها ألا ترى أن الأم تسقط الجدة والأخوات يحجبن الأم وينقصنها ولأن الأخوات يرثن بالفرض تارة والتعصيب أخرى[٢] مع البنات وليس هذه المنزلة للجدة[٣] فكانوا آكد منها.

ووجه ما قاله الخرقي وهو أصح أن ولد الأم والجدة يرثون بالرحم فجاز الرد عليهم مع غيرهم دليله بقية ذوي الفرائض وكل من رد عليه إذا انفرد رد عليه إذا كان معه وارث غيره كولد الصلب مع ولد الابن والأخت للأب مع الأخت[٤] للأب والأم فإن أحمد قد نص على الرد على جميع هؤلاء ويفارق هذا الزوج والزوجة لأنهم لا يرثون بالرحم ولأنهم لا يرد عليهم إذا انفردوا.

---

(١) سقطت كلمة:(يدلون) من (أ).
(٢) سقطت كلمة:(أخرى) من (أ).
(٣) سقطت كلمة:(للجدة) من (أ).
(٤) سقطت كلمة:(الأخت) من (ب).

إرث الجدة أم الأب مع الأب:

٥- **مسألة**: في الجدة أم الأب هل ترث مع الأب ؟

فنقل أبو طالب: أنها لا ترث، ونقل ابن القاسم وبكر بن محمد: ترث وهو اختيار الخرقي ولا تختلف الرواية أن أم الأم لا ترث مع الأم.

وجه الأولى: أن أم الأم لا ترث مع الأم لأنها تدلى بها كذلك أم الأب ولأنها ولادة من جهة واحدة فلا يقع بها ميراثان كأم الأم مع الأم، والأب مع الجد.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة، أن الأب ابنها، فلم يحجبها[١] دليله العم والجد[٢] ولأنها ترث باسم الأمومة فلم يحجبها الأب كأم الأم أو نقول: لأنها جدة ترث مع عدم الأب فورثت معه كأم الأم أو نقول: أم الأب[٣] تأخذ سهم الأم بدليل أنها لا ترث معها فلم يسقطها الأب، دليله أم الأم.

حجب القربى من الجدات للبعدى منهن:

٦- **مسألة**: إذا كانت الجدة القربى من قبل الأب والبعدى من قبل الأم هل تسقط البعدى؟

فقال الخرقي: فإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن.

فظاهر هذا أنه أسقطها.

وقال في رواية إسحاق بن إبراهيم: أنا أقول السدس بينهما ولا يختلفون أن البعدى إذا كانت من جهة الأب والقربى من جهة الأم أن البعدى تسقط.

وجه ما نقله الخرقي أنه اجتمعت جدتان فيجب أن يكون الأقرب منهما أولى كما لو كانت الأقرب من جهة الأم والأبعد من جهة الأب.

ووجه ما نقله ابن إبراهيم أن الجدات من قبل الأب إنما يدلين بالأب والأب لو اجتمع مع الجدات من قبل الأم لم يحجبهن فبأن لا يحجبهم من يدلى به أولى.

---

(١) سقطت كلمة: (فلم يحجبها) من (ب).

(٢) سقطت كلمة: (والجد) من (أ).

(٣) في (أ): «أم الأم».

إرث ابن الابن من الولاء مع الابن:

٧- مسألة: هل يرث ابن الابن مع[1] الابن من الولاء...؟

فنقل أبو طالب: لا يرث، ويكون الولاء للابن، فإذا مات المولى وخلف ابن مولاه وابن ابنه فالولاء لابنه.

قال أبو بكر: وله قول آخر: الولاء بينهما نقله حنبل.

وجه ما نقله أبو طالب وهي الصحيحة أن الابن أقرب إلى المولى من ابن الابن فقدم في التعصيب عليه كابن المناسب مع ابن الابن، والذي نقله حنبل يفيد أن الولاء يورث فيكون لعصبة الابن ما كان للابن[2] وهو قول شريح وقد صرح أحمد في مواضع أن الولاء لا يورث وعلى هذا الاختلاف إذا أعتقت امرأة عبداً وخلفت ابناً وأخاً ثم مات الابن وترك عصبة ثم مات العبد وترك أخاً مولاته، وعصبة ابنها كان ماله لأخي مولاته لأن المرأة لو كانت الميتة لورثها أخوها.

ونقل جعفر بن محمد عنه إذا خلفت ابناً واخاً وخلفت مولى ومات الابن فإن كان للابن عصبة رجع إلى عصبته، وإلا يرجع إلى الخال يعني بالخال أخا المعتقة وهو خال ابنها هذا يخرج على رواية حنبل- رحمه الله- وإن[3] الولاء يورث فيكون لعصبة الابن ما كان للابن فالدلالة على أن الولاء لا يورث ما روى جابر عن النبي- ﷺ- قال: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»[4].

---

(١) سقطت كلمة: (مع) من (أ).

(٢) سقطت كلمة: «ما كان للإبن» من (أ).

(٣) في (أ): (لأن).

(٤) لم أجد لفظة: (ولا يورث) في هذا الحديث فيما بين يدي من المراجع وقد ورد بلفظ: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب».
في السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الولاء- باب من اعتق مملوكاً له ١٠/ ٢٩٢.
وكتاب الفرائض باب الميراث بالولاء ٦/ ٢٤٠.
وسنن الدارمي كتاب الفرائض باب بيع الولاء ٢/ ٣٩٨. وورد بلفظ: «نهى رسول الله- ﷺ- عن بيع الولاء وهبته».

ولأنه لو كان ورثاً[1] كالمال لورث منه الزوج والزوجة والنساء ولا يقول هذا أحد، ولأن الولاء كالنسب يورث به وهو في نفسه غير موروث قال- ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[2] ثم ثبت أن النسب لا يورث وإنما يورث به كذلك الولاء.

ووجه من قال يورث: قال:إن الولاء من حقوق الملك ونتيجته فيجب أن يورث دليله ثمرة الشجرة. وولد الشاة، والأجل في الدين وغير ذلك.

فإن اعتق عبداً ومات وخلف ابنين وماتا وخلف أحدهما ابناً وخلف الآخر عشرة، ثم مات العبد المعتق كيف يقسم الولاء بينهم؟

فنقل ابن منصور إذا خلف أحدهما ابناً وخلف الآخر عشرة قسم الولاء بينهم على أحد عشر سهماً، ونقل بكر بن محمد عنه إذا خلف أحدهما ابناً وخلف الآخر أربعة قسم الولاء بينهم نصفين نصف للواحد ونصف للأربعة.

وقال أبو بكر:العمل على رواية[3] إسحاق وفيه ضبط ولم يضبط بكر بن محمد ما نقله وهذه المسألة مبنية على الأصل الذي قد تقدم فرواية ابن منصور مبنية على أن الولاء لا يورث وأن البنين يورثون بولاء[4] أبيهم فأولادهم[5] أيضاً كذلك ومال الجد يقسم بينهم على عددهم ورواية بكر بن محمد تخرج[6] على أن الولاء يورث وأن الولدين ورثوا الولاء عن أبيهم نصفين وأن أولادهم يرثون عنهم ما ورثه كل واحد منهما، وقد ورث كل ابن النصف فكان ذلك لولده.

= في صحيح البخاري- كتاب البيوع- باب النهي عن بيع الولاء ٢/ ٨١ وصحيح مسلم- كتاب العتق- باب النهي عن بيع الولاء وهبته ٢/ ١١٤٥ حديث ١٥٠٦.
وسنن أبي دواد كتاب الفرائض- باب في بيع الولاء ٣/ ٣٣٤ حديث ٢٩١٩ والترمذي في البيوع باب كراهية بيع الولاء وهبته ٢/ ٣٥٣ حديث ١٢٥٤ وسنن ابن ماجة كتاب الفرائض باب النهي عن بيع الولاء وهبته ٢/ ٩١٨ حديث ٢٧٤٧.

(١) في (أ):«موزوناً» وهو خطأ.
(٢) مجمع الزوائد للهيثمي- كتاب الفرائض باب الولاء ٤/ ٢٣١.
(٣) في (ب): على ما رواه إسحاق.
(٤) في (ب) :«لولاء أبيهم».
(٥) في (ب):«وأولادهم».
(٦) في (ب) :«قد تخرج».

إرث النساء بالولاء:

٨- **مسألة**: في ابنة المولى هل ترث من الولاء...؟

فنقل أبو طالب وأبو الحارث وحنبل: لا يرث النساء من الولاء إلا من اعتقن أو أعتق من اعتقن أو دبرن.

ونقل أبو طالب: إذا مات المولى وله بنت وللذي أعتقه بنت: المال بينهما نصفان مثل بنت حمزة وهو اختيار الخرقي لأنه قال: وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى في بنت المعتق خاصة: أنها ترث واحتج في ذلك بما روي عن النبي - ﷺ - أنه ورث ابنة حمزة من الذي أعتقه حمزة[1] ولأنه سبب يرث به الابن فورثت به البنت كالنسب والدلالة على أنها لا ترث وهو اختيار أبي بكر وقد تكلم على رواية أبي طالب وقال: وهم فيها وأن البنت لا ترث من الولاء لأنها أنثى فلم ترث من الولاء - دليله الأخت ولأن النساء إنما يرثن مع النسب المتداني ولا يرثن إذا تباعدن بدليل أن الأخ يعصب أخته فترث معه ولو كان ابن أخ لم يعصب أخته والعم لا يعصب أخته ولا ترث لبعدها ثم كان الولاء مؤخراً عن النسب بكل حال فإذا لم يرثن مع تباعد النسب فبأن لا يرث مع ما هو أبعد من النسب الأبعد أولى وقد سئل أحمد في رواية ابن القاسم: هل كان المولى لحمزة أو لابنته فقال: لابنته فقد بين أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها. لأنها كانت هي المعتقة فلم يكن فيه حجة على أنها ترث بولاء عبد أعتقه أبوها.

جر الجد لولاء أولاد الابن:

٩- **مسألة**: في الجد هل يجر الولاء وهو إذا تزوج عبد معتقه لقوم فولدت له أولاداً فولاؤهم لمواليها.

فإن أعتق أبوهم، صار ولاؤهم لمواليه. وإن لم يعتق ولكن أعتق جدهم لم يجر الولاء في إحدى الروايتين نص عليها في رواية أبي طالب.

فقال: الأب يجر الولاء فاما الجد فليس هو كالأب.

---

(١) سنن الدارقطني - كتاب الفرائض - ٤/ ٨٣، ٨٤ حديث ٥١ والسنن الكبرى للبيهقي - كتاب الفرائض - باب الميراث بالولاء ٦/ ٢٤١.

وفيه رواية أخرى: يجر، قال في رواية الحسن بن ثواب في مملوك أولاده: أحرار.

مات المملوك بعد أن الجد عتق فهو يجر ولاءهم لأنه عتق بعد موت إبنه.

وجه الأولى: أن الجد يدلى إليهم بأبيهم لأنه يقول: أنا أبو أبيهم كما أن العم يدلى إليهم بأبيهم لأنه يقول: أنا أخو أبيهم والعم لا يجر الولاء كذلك الجد.

ووجه الثانية: أن الجد له ولادة وتعصيب فأشبه الأب.

ثبوت الولاء للمعتق عتقاً واجباً:

١٠ - مسألة: إذا أعتق عبداً عن كفارته لم يرثه بالولاء، وكذلك من زكاته في إحدى الروايتين.

نص عليها في رواية الميموني، وأحمد بن هاشم: لا يعتق من زكاته ونقل مهنا وأبو طالب: إذا اعتق في الكفارة يرثه بالولاء.

وجه الأولى: أن الميراث بالولاء من جهة الأنعام عليه بالعتق وإذا كان العتق واجباً فلم ينعم عليه، ولأنه يرجع من منافع هذا العتق، وهو الولاء.

ووجه الثانية: أنه عتق وقع في ملك فوجب أن يكون الولاء لمن وقع العتق في ملكه كما لو تطوع.

ولاء العبد المعتق عن الغير بإذنه بلا عوض:

١١ - مسألة: إذا أعتق عبدة عن غيره بإذنه بغير جعل فهل يكون الولاء للمعتق عنه أم للمعتق؟

على روايتين: نقل ابن منصور:أنه للمعتق عنه وهو اختيار الخرقي، ونقل مهنا الولاء للمعتق.

وجه الأولى: أن العتق جعل عن الغير بإذنه فكان الولاء للمعتق عنه. دليله إذا كان يجعل.

ووجه الثانية: أن هذا العتق يتضمن التمليك لأنه لا يكون معتقاً عنه إلا[١] بعد حصول الملك[٢] فإذا[٣] لم يشترط فيه المال كان تمليكاً بغير بدل والتمليك بغير بدل لا يصح إلا بالقبض وإذا لم يملكه وقع العتق على ملك المعتق فكان الولاء له دون المعتق عنه، ويفارق هذا إذا كان بعوض لأنه يحصل تمليكاً ببدل والتميلك ببدل يصح بغير قبض بدلالة البيع[٤] وإذا ملكه الأمر وقع العتق عنه. فكان الولاء له.

ما يترتب على عتق أحد الشريكين وهو موسر لمكاتبهما بعد ما أدى جزءاً من مال الكتابة.

١٢ - **مسألة**: في عبد بين شريكين كاتباه على ألف فأدى تسع مائة وأعتقه أحدهما وهو موسر هل يسري العتق إلى جميعه ويغرم لشريكه نصف قيمته أم يعتق من المكاتب بقدر ما بقي من مال الكتابة...؟

فنقل بكر بن محمد يسري إلى جمعيه ويغرم لشريكه نصف قيمة العبد ولا يحاسبه بما أخذ من المكاتب هكذا نص عليه وهو اختيار أبي بكر، ونقل حنبل عنه: أنه لا يعتق إلا نصف المائة ويكون لذلك نصف المائة على هذا ويكون الولاء له على قدر ما أعتق.

فظاهر هذا أنه يعتق منه بقدر ما بقي من مال الكتابة ويغرم لشريكه نصف قيمة عشرة ومقداره خمسون درهماً ولا يجري العتق[٥] في جميعه لأنه إذا أدى من كتابته شيئاً فقد حصل له العوض عنه ولهذا يمنع من عتقه في الكفارة فإذا أعتقه وقد بقي من مال الكتابة عشرها فقد أتلف على شريكه نصف عشرة فيجب أن يضمن قدر ما أتلفه عليه ولا يلزمه ضمان نصف قيمة جميعه لأن الشريك قد حصل له العوض في مقابلة ذلك.

---

(١) سقطت كلمة: (عنه إلا) من (أ).

(٢) في (ب): « حضور الملك ».

(٣) في (ب): « وإذا ».

(٤) في (ب): « المبيع ».

(٥) سقطت كلمة: (العتق) من (ب).

ووجه الرواية الأولى: وهي الصحيحة أنه قبل كمال الإداء عبد ما بقي عليه درهم.

قال النبي - ﷺ - « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم »[1] ولهذا المعنى لا يرث ولا يعقل ولا يلي النكاح على ابنته وإذا كان عبداً فقد أتلف عليه نصفه بالمعتق فيجب أن يغرم قيمة نصفه لشريكه وما قبضاه يكون لهما لأنه من الكتابة.

ميراث المرتد:

١٣- **مسألة:** في ميراث المرتد فنقل حنبل والعباس بن أحمد الثامي والعباس بن محمد النسائي وموسى بن سعيد الطرسوسي وابن منصور:أنه لبيت المال لا يرثه ورثته المسلمون، وقال كنت أقول يرثه أهل ملته ثم جبنت عنه. ونقل أبو داود وأبو الحارث ما يدل على أنه لورثته من المسلمين إذا قتل أو مات، فقال:كنت أذهب إلى أنه لا يرثه أحد من المسلمين ثم أجبن عنه.

قال أبو بكر الخلال: روى هذه المسألة جماعة على التوقيف وجماعة رووا أنه لجماعة المسلمين وهو أشبه بقوله، ونقل بكر بن محمد ما يدل على أن ميراثه لورثته من أهل دينه الذين اختارهم إذا لم يكونوا مرتدين فقال:لا يرثه ورثته المسلمون فإن كان له ورثة كفار وإلا في بيت المال.

وجه الأولى: ما روي عن النبي - ﷺ - قال: لا يرث المسلم الكافر ولا

---

(١) سنن أبي داود- كتاب العتق- باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت ٤/ ٢٤٣ حديث ٣٩٢٦.

وسنن الترمذي- أبواب البيوع- باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي ٢/ ٣٦٦ حديث ١٢٧٨ بلفظ:« إذا كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق ثم عجز فهو رقيق ».

وسنن ابن ماجة- كتاب العتقد باب المكاتب ٢/ ٨٤٢ حديث ٢٥١٩ بلفظ « أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أوقيات فهو رقيق »

والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب المكاتب- باب المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ١٠/ ٣٢٤.

الكافر المسلم »[1] والمرتد كافر فلم يرثه المسلم، ولأن المرتد لا يرث بحال فيجب أن لا يورث كالمكاتب ولأنه مال كافر فلم يرثه مسلم كاليهودي.

ووجه الثانية: ما روي عن علي- رضي الله عنه- أنه قتل المستورد بن الأحنف وكان مرتداً وجعل ماله لورثته المسلمين[2]. وعن عبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت أنهما قالا ماله لورثته المسلمين[3] ولا يعرف لهم مخالف ولأنه لما لم يرث المرتد أقرباؤه المشركون ورثه أقرباؤه المسلمون كالمسلم.

ووجه الثانية: قوله: لا يرث المسلم الكافر دليله أن الكافر يرث الكافر والمرتد كافر فيجب أن يرثه ورثته ولأن دينهما متفق أو لأنهم[4] يجمعهم الضلال فيتوارثون دليله اليهود والنصارى.

---

(١) صحيح البخاري- كتاب الفرائض- باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ٤/ ١٧٠ وصحيح مسلم- كتاب الفرائض- ٣/ ١٢٣٣ حديث ١٦١٤ وسنن أبي داود- كتاب الفرائض- باب هل يرث المسلم الكافر ٣/ ٣٢٦ حديث ٢٩٠٦.
وسنن الترمذي- كتاب الفرائض باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر ٣/ ٢٨٦ حديث ٢١٨٩ .
وسنن ابن ماجة- كتاب الفرائض باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ٢/ ٩١١ حديث ٢٧٢٩ .
وسنن الدارقطني كتاب الفرائض ٤/ ٦٩ حديث ٧.
وسنن الدارمي كتاب الفرائض باب ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام ٢/ ٣٧١.
وموطأ مالك كتاب الفرائض باب ميراث أهل الملل ٢/ ٥١٩ حديث ١٠.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الفرائض باب ميراث المرتد ٦/ ٢٥٤.

(٣) لم أجد عن ابن مسعود وزيد بن ثابت أنهما يورثان المسلم من الكافر وإنما وجدت ذلك عن معاذ بن جبل.
كما في السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الفرائض- باب ميراث المرتد ٦/ ٢٥٤، ٢٥٥.
وسنن أبي داود كتاب الفرائض باب هل يرث المسلم الكافر ٣/ ٣٢٧ حديث ٢٩١٢، ٢٩١٣.
والفتح الرباني- كتاب الفرائض باب موانع الإرث ١٥/ ١٩٠ وجامع الأصول كتاب الفرائض ٩/ ٦٠٤ حديث ٧٣٨١.

(٤) في (ب): (أو لأنه).

ميراث ولد الملاعنة:

١٤- مسألة: في ميراث ولد الملاعنة فنقل الأثرم وحنبل عصبته عصبة أمه وهو اختيار الخرقي ونقل أبو الحارث ومهنا الملاعنة أولى عصبة ولدها فإن لم تكن الأم فعصبة الأم.

وجه الأولى: وأن عصبته عصبة أمه وأن الأم لا تكون عصبة ما روي عن النبي - ﷺ - أنه قال: « ما أبقت الفريضة[1] فلأولى عصبة ذكر »[2]، الملاعنة أنثى فوجب أن تكون بقية المال لعصبتها إذا لا عصبة هاهنا سواهم ولأنه لو كانت الأم عصبة كالأب لم يرث معها الإخوة والأخوات كما لا يرثون مع الأب، ولما ورثوا معها دل على أنها ليست عصبة، ولأنه لما كان مولاها مولى لأولادها مع وجودها عند عدم موالى الأب كذلك يجب أن يكون عصبتها مع وجودها عصبة لولدها.

ووجه الثانية: وأن أمه عصبته وأن عصبتها لا تكون عصبة له مع وجودها ما روى مكحول وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي- ﷺ- جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها[3] وروى واثلة بن

(١) في (ب):« ما أبقت الفرائض ».

(٢) صحيح البخاري- كتاب الفرائض- باب ميراث الولد من أبيه وأمه وباب ميراث ابن الابن وباب ميراث الجد ٤/ ١٦٥، ١٦٦ بلفظ:« فلأولى رجل ذكر.
وصحيح مسلم كتاب الفرائض- باب الحقوا الفرائض بأهلها ٣/ ١٢٣٣ حديث ١٦١٥ بلفظ:« فلأولى رجل ذكر ».
وسنن أبي داود كتاب الفرائض باب ميراث العصبة ٣/ ٢١٩ حديث ٢٨٩٨ بلفظ: « فلأولى ذكر ».
وسند الترمذي كتاب الفرائض باب ميراث العصبة ٣/ ٢٨٣ حديث ٢١٧٩ بلفظ البخاري.
وسنن ابن ماجة كتاب الفرائض باب ميراث العصبة ٢/ ٩١٥ حديث ٢٧٤٠ بلفظ البخاري.
وسنن الدارقطني كتاب الفرائض ٤/ ٧٠، ٧١ حديث / ١٣.
وسنن الدارمي كتاب الفرائض باب ميراث العصبة ٢/ ٣٦٨ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الفرائض باب ترتيب العصبة ٦/ ٣٣٨.

(٣) سنن أبي داود كتاب الفرائض باب ميراث ابن الملاعنة ٣/ ٣٢٥ حديث ٢٩٠٧.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الفرائض باب ميراث ولد الملاعنة ٦/ ٢٥٩.

عن النبي - ﷺ - قال: تحوز المرأة ثلاثة مواريث:عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه »(١)

وروى عبد الله بن عبيد بن عمير عن رجل من أهل الشام أن رسول الله- ﷺ- قال في ولد الملاعنة: عصبته أمه(٢) وفي حديث آخر: هي بمنزلة أبيه وأمه(٣).

ولأن الإناث قد يكن عصبة بأنفسهن وهن الأخوات مع البنات وقد يكن عصبة بتعصيب غيرهن(٤) وهن البنات وبنات الابن والأخوات للأب والأم والأخوات للأب يعصبهن إخوتهن ،والمولاة(٥)عصبة لمعتقها فغير ممتنع أن تكون الأم عصبة لولدها عند عدم العصبات من جهة الأب.

والرواية الأولى أصح في المذهب.

من أسلم على ميراث قبل أن يقسم:

١٥ - مسألة: فيمن أسلم على ميراث قبل أن يقسم.

فنقل الأثرم وابن منصور، وبكر بن محمد :أنه يرث وهو اختيار الخرقي

---

(١) سنن أبي دواد- كتاب الفرائض باب ميراث بن الملاعنة ٣/ ٣٢٥ حديث ٢٩٠٦.
وسنن الترمذي أبواب الفرائض باب من يرث الولاء ٣/ ٢٩٠ حديث ٢١٩٨.
وسنن ابن ماجة كتاب الفرائض باب تحوز المرأة ثلاثة مواريث / ٢/ ٩١٦, حديث ٢٧٤٢.
وسنن الدارقطني كتاب الفرائض ٤/ ٨٩ حديث ٦٨.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب المواريث باب الميراث بالولاء ٦/ ٢٤٠ وباب ميراث ابن الملاعنة ٦/ ٢٥٩.
والفتح الرباني كتاب الفرائض باب ميراث ابن الملاعنة ١٥/ ٢٠٢ حديث ٣٥.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الفرائض باب ميراث ولد الملاعنة ٦/ ٢٥٨.
ومصنف عبد الرزاق كتاب الفرائض باب ميراث الملاعنة ٧/ ١٢٤ ورقم ١٢٤٧٨ عن بن عمر موقوفاً.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي الباب السابق ٦/ ٢٥٩.
ومصنف عبد الرزاق الباب السابق ٧/ ١٢٤ رقم ١٢٤٧٦، ١٢٤٧٧.

(٤) سقطت كلمة :« غيرهن » من (ب).

(٥) في (أ):« والموالاة ».

ونقل أبو طالب عنه: لا يرث[1] وقال: قد وجبت المواريث لأهلها. ولا تختلف الرواية أنه إن أعتق قبل[2] قسمة الميراث أنه لا يرث ونص عليه في رواية بكر بن محمد.

ووجه الأولى: ما روي عن النبي - ﷺ - أنه قال: «من أسلم على شيء فهو له»[3] وهذا عام في كل شيء أسلم عليه، وروى زيد بن قتادة أن أمه ماتت فأسلم بعض أولادها. فرفع ذلك إلى عثمان فسأل عن ذلك أصحاب النبي - ﷺ -. فقالوا: يرثون ما لم يقسم[4]. وهذا إشارة إلى جماعتهم، ولأن دينهما متفق قبل القسمة أشبه ما لو كان متفقاً حال الموت، ولأن المواريث التي كانت في الجاهلية ما طرأ عليه الإسلام منها قبل القسمة قسم على حكم الإسلام ولم يعتبر وقت الموت، كذلك الإسلام بعد الموت ويكون في حكم الموجود قبله كما قلنا فيمن حفر بئراً ومات ثم وقع فيها إنسان فإن الضمان يتعلق بتركته كما لو وجد الوقوع في حال حياته فالحفر[5] سبب للضمان وجد حال الحياة والوقوع شرط في الضمان وجد بعد الموت والنسب سبب للإرث وجد قبل الموت والإسلام شرط في استحقاقه وجد بعد الموت فلا فرق بينهما ولأنهم قد قالوا: إن ما ينتقل إلى بيت المال عن ميت لا وارث له ينتقل إرثاً فلو أسلم رجل بعد انتقال المال عن ميت استحق جزءاً منه كما لو كان مسلماً قبل الانتقال كذلك هاهنا.

ووجه الثانية: أنه بالموت تنتقل التركة إلى ملك الورثة ويستقر ملكهم عليها فيجب أن لا يزول ملكهم عنها بالإسلام، كما لا يزول بحدوث وارث آخر وهو أن يموت ويخلف أما وأخاً فتعلق الأم بولد آخر فإنه لا يرث بحدوثه بعد الحكم بالميراث للموجود كذلك هاهنا.

---

(٣) في (أ): لا يورث.
(٤) سقطت كلمة: (قبل) من (أ).
(٥) مجمع الزوائد للهيثمي كتاب الجهاد - باب من أسلم على شيء فهو له ٥/ ٣٣٥.
(١) المرجع السابق كتاب الفرائض باب فيمن يسلم وبعض ورثته على غير دينه فيسلم قبل قسمة الميراث ٤/ ٢٢٦.
(٥) في (أ): (والحفر).

ولأن من لم يكن وارثاً حال الموت لم يكن وارثاً بعده كما لو أسلم بعد قسمة الميراث أو أعتق بعد الموت وقبل القسمة، ومن قال بالأولى أجاب عن هذا فقال: إذا حدث له وارث بعد الموت لم يرث لأن سبب الإرث لم يكن موجوداً حال الموت.

والسبب هاهنا موجود وهو النسب فجاز أن يرث بعد الموت. وأما إذا أسلم بعد قسمة الميراث فلا يمنع أن لا يرث إذا أسلم قبل القسمة كما أن المشركين إذا غنموا أموال المسلمين ثم ظهر عليها المسلمون فإن ادركه صاحبه قبل قسمته فهو أحق به وان أدركه مقسوماً كان أحق به بالثمن، وأما عتق العبد بعد الموت وقبل القسمة فإنما لم يرث لأن العتق جاء من جهة غيره والإسلام جاء من جهته وفرق بينهما ألا ترى أن ما يقطع الإرث إذا كان من جهته يحرم (الإرث) وهو القتل، ولو كان من جهة غيره لم يحرم الإرث كذلك فيما يوجب الإرث جاز أن يفرق بينهما ولأنه إذا كان من جهته فهو مثاب ممدوح وإذا كان من جهة غيره فلا منة له، ولا ثواب له[1] فيه وإنما هو لسيده فجاز أن يستحق بما يمدح عليه ولا يستحق بما لا يمدح عليه ولا ثواب له فيه.

إرث الشخص الواحد بقرابتين لا تحجب إحداهما الأخرى:

١٦ - **مسألة:** في ميراث المجوس فنقل ابن القاسم والفضل بن عبد الصمد وابن منصور: يرثون من الوجهين يعني بالقرابتين. نحو أن تكون الأم أختاً وهو أن يتزوج بنته فيولدها بنتاً فترث أمها بالأمومة والأخوة وغير ذلك.

ونقل حنبل قال: كان أبو عبد الله يذهب إلى أنه يورث من وجه واحد من الحلال، فظاهر هذا أنه يرث بآكد[2] القرابتين ولا يرث بهما قال أبو بكر: لا أعرف لقول حنبل وجهاً لأنه لم يحك عن أبي عبد الله لفظاً والعمل على ما روي عنه من توريثهم من الوجهين جميعاً فمن نصر رواية حنبل احتج بأنهما سببان يورث بأحدهما من جنس ما يورث بالآخر فإذا اجتمعا لم يورث بهما جميعاً[3]

(١) في (ب): (ولا توارث فيه).

(٢) سقطت كلمة: (آكد) من (أ).

(٣) سقطت كلمة: (جميعاً) من (ب).

دليله العم إذا كان مولى والأم إذا كانت مولاة والابن إذا كان مولى ولأنها قرابتان يورث بكل واحد منهما فرض مقدر فإذا اجتمعا لم يورث بهما كالأخت من الأب والأم لا ترث لكونها أختاً من أب وكونها أختاً من أم، ومن ذهب إلى أنها يرثان بالسببين جميعاً وهو الصحيح فوجهه أنهما قرابتان من جهتين لو كانتا موجودتين في شخصين ورث بهما كذلك إذا وجدتا في شخص واحد فوجب أن يورث بهما كابني عم أحدهما أخ لأم. لأن الأخ للأم يأخذ السدس والباقي بينه وبين الأخ نصفين ولا يلزم عليه الأخ للأب والأم والأخ للأب أنه لا يستحق لأنه أخ لأم وأخ لأب لأن الجهة هاهنا واحدة ألا ترى أنه لو أوصى لإخوته وله إخوة لأم، وإخوة لأب وأم، وهناك من يحجبهم من الميراث صحة الوصية فإنه لا يجوز أن يقال: إن الإخوة للأم والإخوة للأب والأب يشتركون في سهام الإخوة للأم[1] ثم يكون الباقي للإخوة للأب والأم، وليس كذلك كونها بنتاً وأختاً لأنها قرابتان من وجهين، ويفارق هذا ابن العم إذا كان مولى وكذلك الأخ إذا كان مولى لأن ابن العم والأخ عصبة والعصبة إنما تأخذ فاضل المال فإذا أخذ الفاضل بإحدى المعنين لم يكن لاعتباره معنى وهاهنا يأخذ الفرض فإذا أخذ بإحدى المعنيين فرضاً معلوماً جاز أن يأخذ بالمعنى الآخر.

إرث المبتوتة في المرض:

١٧ - **مسألة**: المبتوتة في المرض هل ترث بعد انقضاء العدة ما لم تتزوج؟.

فنقل الجماعة منهم الأثرم وأبو الحارث وأبو طالب: أنها ترث وان انقضت العدة ما لم تتزوج.

ونقل حنبل فيمن طلق في المرض قبل الدخول: قال جابر بن زيد لاميراث ولا عدة وقال الحسن: ترث، وأذهب إلى قول جابر.

فظاهر[2] هذا: أنه حرمها الإرث لعدم العدة فاقتضى أن العدة معتبرة،

---

(١) في (أ): «للأب» وهو خطأ.

(٢) في (ب): وظاهر.

ومن ذهب إلى هذه الرواية فوجهه أنه إذا انقضت العدة لم يبقَ عليها حكم من أحكام النكاح فيجب أن لا ترث كما لو تزوجت وليس كذلك إذا كانت العدة باقية لأنه قد مات وقد بقي عليها حكم من أحكام النكاح فورثت كالرجعية، ومن ذهب إلى أنها ترث وإن انقضت العدة ما لم تتزوج وهو الصحيح فوجهه: أنه طلقها في حال ثبت حقها في ماله، ولم يوجد من جهتها قبل الطلاق ولا بعده ما يوجب إسقاط حقها فيجب أن ترث كما لو مات وهي في العدة ويفارق هذا إذا تزوجت من وجهين:

أحدهما: أنها لو ورثت بعد التزوج كان فيه إثبات إرثها من زوجين وهذا لا يجوز وهذا المعنى ليس[1] فيه إذا لم تتزوج ولأنها قبل التزوج حكم الفراش باق. ألا ترى أنها إذا أتت بولد لأربع سنين لحق به وإن تزوجت بعد ثلاث حيض زال فراش الزوج الأول ولحق الولد بالثاني. فإن كان الطلاق قبل الدخول في مرض الموت، فقال أبو حفص العكبري:فيه أربع روايات:

نقل حنبل:لا ميراث لها ولا عدة عليها ولها نصف المهر.

ونقل ابن منصور لها الميراث والصداق كاملا وعليها العدة.

ونقل الميموني لها الميراث ونصف الصداق ولا عدة عليها.

ونقل أبو الحارث لها الصداق والميراث ولا عدة عليها وذهب إلى قول عطاء.

وجه الأولى: في حرمانها الإرث ما تقدم من أنه لم يبق عليها شيء من أحكام النكاح، وأما نصف المهر فلأنه طلاق قبل الدخول وأما عدم العدة فلأنه طلاق قبل الدخول فهو كحال الصحة.

ووجه الثانية في أن لها الميراث: أنه طلاق في المرض لم يحصل من جهتها ما يسقطه فهو كما لو دخل بها، وأما إيجاب كمال الصداق والعدة فلأنها فرقة أوجبت الإرث فكملت الصداق والعدة كالوفاة.

ووجه الثالثة: في إثبات الميراث وإسقاط العدة ونصف الصداق أن

(١) في (ب):وهذا المعنى معدوم فيه.

الميراث إنما وجب لأن الطلاق في المرض فهو متهم، وأما إسقاط العدة ونصف الصداق فلأنه لا تهمة فيه وقد وجد في طلاق قبل الدخول.

ووجه الرابعة: في اثبات الميراث وكمال الصداق وإسقاط العدة فلأنه متهم في إسقاط ميراثها فلهذا ورثته، وأما تكميل الصداق وإسقاط العدة فلأنه متهم أيضاً بطلاقها ليسقط كمال صداقها فلهذا كمل وليس بمتهم في العدة فلهذا لم تجب.

إرث من سألت الطلاق في مرض الموت:

١٨ - **مسألة**: فإن سألته الطلاق في مرض الموت فطلقها ثلاثاً فهل ترثه...؟ نقل مهنا:أنها ترثه، ونقل حنبل في رجل خير امرأته في مرضه فاختارت نفسها ثم مات:لم ترثه، هي اختارت نفسها وهو ميت فهو بمنزلة الخلع ولا يشبه هذا الطلاق فقد نص على أنها لا ترثه إذا اختارت نفسها لأن الفرقة جاءت من جهتها وهذا موجود هاهنا[1] إذا سألته الطلاق.

ونقل مهنا إذا اختلعت من زوجها في مرضه ومات، وهي في العدة لا ترثه ولو قال لها وهو مريض:أمرك بيدك واختاري نفسك واختارت نفسها ومات وهي في العدة:ورثته وليس هذا كالخلع والخلع أمر من قبلها. وقد فرقا بين أن تختار نفسها وبين الخلع.

وجه الأولى: أن الطلاق حصل في حال ثبت حقها في ماله فيجب أن ترث كما لو لم تسأله.

ووجه الثانية: أن المبتوتة ورثت لأجل أنه متهم في طلاقها أنه قصد إسقاطه وإذا سألته فالتهمة قد زالت فيجب أن لا ترث وهكذا الخلاف فيه إذا طلقها في المرض ثم ارتدت بعد الطلاق ثم عادت إلى الإسلام ثم مات الزوج بعد ذلك هل ترثه..؟

على روايتين إحداهما ترثه لأن الطلاق وجد في المرض، والثانية:لا ترثه لأنه وجد من جهتها ما يسقط الإرث وهي الردة فإذا قال لها في مرضه: أنت

(١) في (ب):وهذا موجود فيه.

طالق ثلاثاً إن دخلت الدار أو فعلت كذا وكذا لأمر نهاها عنه لها منه بد ولا تأثم بتركه ففعلت ذلك وهي عالمة باليمين طلقت وهل ترثه على روايتين:

إحداهما: لا ترثه لأن الطلاق وقع باختيارها فهو غير متهم.

والثانية; ترثه لأن الطلاق وجد في المرض، فأما إن فعلت ذلك ولا تعلم بيمينه ورثته- رواية واحدة- وكذلك لو قال لها في مرضه: أنت طالق ثلاثاً إن شئت فشاءت ذلك فطلقت أو اختلعت أو سألته أن يخيرها نفسها ثلاثاً فاختارت نفسها ثلاثاً فبانت منه هل ترثه في جميع ذلك...؟

على روايتين:

فإن سألته في مرضه أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثاً ورثته رواية واحدة، ولو قال لها في مرضه: أنت طالق ثلاثاً إن صليت المكتوبة أو صمت رمضان أو كلمت أباك أو أمك أو فعلت كذا لأمر لا بد لها منه أو تأثم بتركه ففعلت ذلك[1] طلقت ثلاثاً وورثته رواية واحدة.

سواء علمت بيمينه أو لم تعلم لأنه أعنتها فإن قال لها في مرضه: أنت طالق ثلاثاً إن كلمت أخاك فكلمته وهي عالمة بيمينه- فهل ترثه....؟

على روايتين: لأن لها منه بد فهو كما لو سألته الطلاق، وان لم تعلم بيمينه ورثته رواية واحدة فإن قال لها في الصحة: أنت طالق ثلاثاً إن صمت رمضان أو كلمت أباك أو أمك أو فعلت كذا لأمر لها منه بد أولا بد لها منه ففعلت ذلك في مرضه بانت منه وهل ترثه[2] على روايتين:

إحداهما: لا ترثه علمت باليمين أو لم تعلم لأن اليمين كانت في الصحة وقد نص على ذلك في رواية مهنا في القذف إذا كان في حال الصحة واللعان في المرض لا ترثه.

والثانية: ترثه اعتباراً بوقوع الطلاق البائن في المرض على أي صفة كان وقد نص على ذلك في رواية مهنا إذا قال في صحته أنت طالق إذا جاء رأس

(١) سقطت كلمة:(ففعلت ذلك) من (أ).

(٢) في (ب):« فهل ترثه ».

الشهر فجاء وهو مريض ترثه فإن قال في صحته: إن لم أضرب غلامي فأنت طالق ثلاثا فمات قبل أن يضرب غلامه ورثته وان ماتت هي قبله لم يرثها ولو مات الغلام قبل أن يضربه والزوج مريض طلقت. وهل ترثه...؟

على روايتين:

إحداهما: لا ترثه لأن اليمين كانت في الصحة.

والثانية: ترثه لأن الطلاق وقع في المرض، فإن لا عنها في مرضه عن قذف في صحته ثم مات- فهل ترثه...؟

يخرج على روايتين: والمنصوص عنه في رواية مهنا إذا قذفها في صحته ولاعنها في مرضه لا ترثه، فإن قذفها في مرضه ولاعنها في مرضه ومات[1] ورثته، رواية واحدة نص عليه في رواية حنبل فقال إذا لاعنها في مرضه ومات ورثته لأنه[2] بمنزلة اللعان وهذا محمول على أن القذف واللعان وجدا في المرض فأما إن كان القذف في الصحة واللعان في المرض تخرج على روايتين وأبو بكر حمل كلام أحمد في المسألتين جميعاً إذا كان القذف في الصحة واللعان في المرض أو كانا جميعاً في المرض. على روايتين:

ولو أن مريضاً وثب ابنه على امرأة أبيه فقبلها لشهوة أو وطئها مستكرهاً لها بانت من زوجها؟ فإن مات المريض من مرضه ورثته ما لم تتزوج لأن الابن متهم أنه فعل[3] ذلك ليجر ميراثها إلى نفسه فإن كانت طاوعته على ذلك بانت. وهل ترثه؟على روايتين كما لو سألته الطلاق، ولو كان الابن من الرضاعة أو كان مملوكاً أو مشركاً ففعل ذلك مستكرهاً[4] لها بانت ولم ترثه لأن الابن ليس بمتهم بجر ميراثها[5] إلى نفسه لأنه لا يرث الميت في تلك الحال وكذلك لو فعل بها ذلك ابن الابن وللمريض ابن لصلبه يحجبه بانت ولم ترثه ولو مات ابن المريض لصلبه فصار ابن الابن وارثاً ثم مات المريض فهل ترثه......؟

---

(١) سقطت كلمة:(ومات) من (أ).

(٢) في (ب):(لأنها).

(٣) في (أ):« متهم في فعل ».

(٤) سقطت كلمة:(لها) من (أ).

(٥) في (ب):ليس يجر ميراثها.

يخرج على روايتين:

إحداهما: لا ترثه لأنه حين وطئها لم يكن وارثاً.

والثانية: ترثه لأن البينونة وجدت في حال المرض ولو أن مبرساً زائل العقل أو مجنوناً وطيء أم امرأته أو ابنتها بانت منه امرأته فإن مات من مرضه، فهل يرثه يتخرج على روايتين:

إحداهما: لا ترثه لأنه ليس فاراً.

والثانية: ترثه لوجود البينونة في المرض ولو فعل ذلك وهو صحيح العقل ومات من مرضه ورثته رواية واحدة لأنه فار، فإن وطئها ابن زوجها في مرضها ورث منها، ولو اعتقت (تحت) عبد واختارت نفسها واعتق لم يرث منها لأنها بالاختيار لا تهمة تلحقها لأن الفرقة لسبب ظاهر في الشرع جعل لها استدراك حقها به فلم تحمل الفرقة على قصد إسقاط حقه- وفي مسألتنا هي متهمة أن تكون قصدت الفرقة ليسقط حقه من إرثها فلم يسقط.

قسمة التركة إذا كان في الورثة خنثى قبل اتضاح حاله:

١٩- **مسألة:** إذا كان في الورثة خنثى مشكل فهل تقسم التركة أم توقف...؟ فنقل الجماعة منهم إسحاق بن إبراهيم: أنه يقسم له نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى، ويؤدى كل

ونقل الميموني إذا أشكل لم يقدم عليه حتى يعرف أسبابه فإذا عرف قسم له، قيل له: ففي هذا ضرر على أهل المواريث بحبس أموالهم.

قال: كيف يصنعون..؟

فظاهر هذا أن التركة توقف حتى ينكشف أمره كما أوقفنا ميراث المفقود والأسير، والمذهب: أنه لا يوقف، لأن أكثر ما يحتمل أن يكون ذكراً فلا اعتراض له فيما زاد على سهمه، فلا يجب أن يوقف، وأقل ما يحتمل أن يكون أنثى فلا اعتراض له فيما زاد على ذلك، فالاحتمال[1] هو نصف ميراث ذكر

---

(١) في (أ): «والاحتمال».

فيجب أن يحكم له بنصف كما حكمنا لمتداعين ثوباً أيديهما عليه أنه بينهما، ولم يوقف الأمر كذلك هاهنا.

ويفارق هذا المفقود لأن الأصل فيه الحياة وهذا الأصل منع التصرف في شيء من ماله فوجب الوقوف حتى تنظر ما كان من حاله، وليس الأصل في الخنثى أنه يستحق جميع المال دون بقية الورثة فلهذا لم يوقف ذلك.

أثر القتل بحق في منع الإرث:

٢٠- مسألة: القتل إذا كان مستحقاً مثل العادل إذا قتل الباغي وإذا شهد معه ثلاثة أن مورثه زنى فرجم والحاكم إذا أقام القصاص على مورثه[١] لمطالبة غيره هل يرث أم لا؟

على روايتين: قال أبو بكر في كتاب الخلاف في العادل إذا قتل مورثه الباغي: ورثه وحكاه عن أحمد، وقال أحمد أيضاً في رواية بكر بن محمد في أربعة شهدوا على أختهم بالزنا ورجموا مع الناس: يرثونها.

فظاهر هذا ثبوت الإرث فيما ذكرنا. وحكى[٢] شيخنا أبو عبد الله عن أحمد في رواية صالح وعبد الله: لا يرث العادل الباغي ولا الباغي العادل. فظاهر هذا إسقاط الإرث فيما ذكرنا.

وجه الأولى:[٣] أنه قتل مستحق فهو غير متهم فيه.

ووجه الثانية: أن روح مورثه خرجت بسبب كان منه فلم يرثه كالعمد والخطأ.

---

(١) في (أ): (موروثة).

(٢) في (أ): (وحكاه).

(٣) سقطت كلمة: (الأولى) من (أ).

كتاب النكاح

وأهم موضوعاته ما يأتي:

الأول	: النظر إلى المخطوبة.
الثاني	: الولي.
الثالث	: الشهادة.
الرابع	: إعلان النكاح.
الخامس	: الصداق.
السادس	: الألفاظ التي ينعقد بها النكاح.
السابع	: الكفاءة.
الثامن	: المحرمات في النكاح.
التاسع	: نكاح الأمة.
العاشر	: نكاح الشغار.
الحادي عشر	: نكاح المتعة.
الثاني عشر	: العيوب.
الثالث عشر	: نكاح المملوكين إذا أعتقا أو أعتق أحدهما.
الرابع عشر	: الشروط في النكاح.
الخامس عشر	: الخلع.
السادس عشر	: الطلاق.

السابع عشر : الرجعة .
الثامن عشر : الإيلاء .
التاسع عشر : الظهارة .
العشرون : كفارة الظهار .
الحادي والعشرون : اللعان .
الثاني والعشرون : القذف .
الثالث والعشرون : العدد .
الرابع والعشرون : الاستبراء .
الخامس والعشرون : الرضاع .
السادس والعشرون : النفقات .
السابع والعشرون : الحضانة .

كتاب النكاح

وما يتعلق به من المهر والخلع والطلاق والرجعة، والإيلاء، والظهار، والرضاع والعدة، والنفقات

نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي لغير حاجة:

١ - **مسألة**: اختلفت الرواية عن أحمد - رضي الله عنه - هل يكره للمرأة الأجنبية أن تنظر من الرجل الأجنبي ما ليس بعورة لغير حاجة كما يكره ذلك في حق الرجل؟

فنقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه قال: لا ينبغي للمرأة أن تنظر إلى الرجل كما لا ينبغي للرجل أن ينظر إلى المرأة. واحتج بحديث نبهان عن أم سلمة: افعمياوان أنتما[1] فظاهر هذا الكراهة وهو اختيار أبي بكر.

ونقل بكر بن محمد عنه أنه ذكر له حديث أم سلمة إذا كان لمكاتب إحداكن ما يؤدي، فاحتجبن منه[2].

---

(١) سنن أبي داود - كتاب اللباس - باب قوله عز وجل «وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن» ٣٦١/٤ حديث ٤١١٢/، وسنن الترمذي - كتاب الأدب - باب احتجاب النساء من الرجال ١٩١/٣ حديث ٢٩٢٨/ ومسند أحمد ٢٩٦/٦.

(٢) سنن أبي داود - كتاب العتق - باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت ٣٤٤/٤ حديث ٣٩٢٨ وسنن الترمذي - أبواب البيوع باب في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي ٣٦٦/٢ حديث ١٢٧٩/، وسنن ابن ماجة - كتاب العتق - باب المكاتب ٨٤٢/٢ حديث ٢٥٢٠/، والسنن الكبرى للبيهقي - كتاب المكاتب - باب الحديث الذي روي في الاحتجاب=

فقال هذا لأزواج النبي خاصة .وكذلك نقل الأثرم وقد ذكر له حديث نبهان عن أم سلمة أنه لهن خاصة، فظاهر هذا أنه غير مكروه وان الأخبار الواردة في ذلك خاصة لأزواج النبي - ﷺ - أن ينظرن إلى رجل أجنبي.

وجه الأولى: أنه يكره للرجل أن ينظر من المرأة الاجنبية ما ليس بعورة لغير حاجة خوفاً أن يدعو ذلك إلى الفتنة وهذا المعنى موجود في المرأة لا يؤمن عليها حصول الفتنة بنظرها إلى الأجنبي فيجب أن يكره ذلك في حقها، وهذا معنى معتبر ألا ترى أن الصائم منع من القبلة خوفاً أن يتعقبها إنزال فيعود بفساد الصيام؟ويوضح هذا المعنى قول النبي - ﷺ - لأم سلمة: أفعمياوان أنتما لا تبصرانه[1] فنهاها عن النظر إلى ابن أم مكتوم، ولأنها كالرجل يحرم عليها الاستمتاع بالأجنبي كما يحرم على الأجنبي الاستمتاع بها. ثم ثبت أن الأجنبي يكره النظر له كذلك المرأة.

ووجه الثانية: أنه لو كان مكروها لوجب أن يؤمر الرجل أن يستر جميع بدنه كما تؤمر المرأة.

ولما لم يؤمر الرجل إلا بستر العورة فقط فدل على أن النظر إليهم غير مكروه.

ما يجوز النظر اليه من المخطوبة:

٢ - مسألة: في قدر ما يجوز للرجل أن ينظر من المرأة إذا أراد أن يتزوجها.

فنقل صالح أنه ينظر إلى الوجه ولا يكون على طريق التلذذ، فظاهر هذا أنه أجاز النظر إلى ما ليس بعورة وهو الوجه.

ونقل حنبل لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من وجه أو يد أو جسم أو نحوه.

= عن المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي ١٠/٣٢٧، ومصنف عبدالرزاق - كتاب المكاتب - باب عجز المكاتب ٨/٤٠٩ رقم /١٥٧٢٩.

(١) الحديث المتقدم في لمسألة نفسها.

فظاهر هذا أنه ينظر الى ما يظهر في العادة من الوجه واليدين والقدمين وهو اختيار أبي بكر قال في- كتاب الخلاف-:ولا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة، وقال في رواية حرب ومحمد بن أبي حرب الجرجاني في البيع: تأتيه المرأة فينظر في كفها ووجهها فإن كانت عجوزاً رجوت، وإن كانت شابة بسنها فإني أكره ذلك، فظاهر هذا أن الكفين ليس بعورة عنده لأنهما لو كانا عورةَ لم يبح النظر إليها، وإن كانت عجوزاً.

وجه الأولى: وهي الصحيحة أن القصد من النظر ليتأمل المحاسن. والوجه مجمع المحاسن فيجب أن يكتفي بذلك عما زاد عليه ولأن ما عدا ذلك عورة فيجب أن لا يجوز النظر إليه قياسا على مغابن البدن.

ووجه الثانية: ما روي عن النبي- ﷺ- أنه قال: «إذا أوقع الله في قلب أحدكم خطبة إمرأة فله أن ينظر اليها كي[١] يؤدم بينهما[٢]».

---

(١) في (ب) «لكي».

(٢) مستدرك الحاكم- كتاب معرفة الصحابة- مناقب محمد بن مسلمة ٤٣٤/٣ بلفظ:«إذا ألقى الله خطبة امرأة في قلب رجل فلا بأس أن ينظر إليها» ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب النكاح- باب من أراد أن يتزوج المرأة، من قال: لا بأس أن ينظر إليها ٣٥٦/٤ بلفظ:«إذا ألقى الله في قلب امرىء منكم خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها».. والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب النكاح- باب نظر الرجل إلى المرأة يريد أن يتزوجها ٨٥/٧ بلفظ ابن أبي شيبة إلا أنه قال: رجل بدل «امرىء».

ومصنف عبدالرزاق- كتاب النكاح- باب إبراز الجواري والنظر عند النكاح ١٥٨/٦ حديث /١٠٣٣٨ بلفظ البيهقي. وقد ورد في النظر إلى المخطوبة أحاديث أخرى من ذلك ما في صحيح مسلم- كتاب النكاح- باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها ١٠٤٠/٢ حديث ١٤٢٤. وسنن أبي داود- كتاب النكاح- باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد ان يتزوجها ٥٦٥/٢ حديث /٢٠٨٢ عن جابر. وسنن الترمذي- أبواب النكاح- باب النظر إلى المخطوبة ٢٧٥/٢ حديث /١٠٩٣ عن المغيرة. والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب النكاح- باب نظر الرجل إلى المرأة يريد أن يتزوجها ٨٥/٨٤/٧. عن أبي هريرة- وجابر بن عبدالله- وأنس بن مالك- والمغيرة بن شعبة. ومصنف عبدالرزاق- كتاب النكاح- باب ابراز الجواري والنظر عند النكاح ١٥٦/٦ و١٥٧ و١٥٨ رقم ١٠٣٣٥ عن المغيرة بن شعبة و١٠٣٣٧ عن جابر بن عبدالله.

فأباح النظر إليها على الإطلاق، ولأن اليدين والقدمين تظهر في العادة فهو كالوجه.

وقوع الطلاق من نكاح في العدة:

٣- مسألة: إذا نكحها في العدة ثم طلق، هل يقع طلاقه[١]؟

فنقل ابن منصور:إذا تزوج بغير ولي ثم طلقها أجزت طلاقه فإن تزوجها في العدة لم يكن مثل ذاك ولم يكن شيئاً.

ونقل أبو طالب ومهنا: إذا تزوجها في العدة وطلقها[٢] لا يعجبني أن يراجعها حتى تتزوج بغيره وهو اختيار أبي بكر.

وجه الأولى: وهي الصحيحة أن هذا نكاح مجمع على فساده فلم يقع الطلاق فيه دليله: إذا نكحها وهي ذات زوج.

ووجه الثانية: أنهما[٣] اعتقدا صحة هذا العقد فجاز أن يلحق الطلاق فيه كالمختلف فيه، ولأن النكاح في العدة قد تلحقه الصحة وهو إذا عقد النكاح في حال الشرك وأسلما بعد انقضاء العدة فإنهما يستديمان ذلك النكاح وإن كان واقعاً في العدة فجاز أن يقع الطلاق فيه كالمختلف فيه.

ولاية النكاح بالوصية:

٤- مسألة: هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟

فنقل ابن منصور وأبو الحارث:ليس لوصي من النكاح شيء إنما هو إلى العصبة والأموال إلى الاوصياء.

ونقل إسحاق بن إبراهيم والمروذي: الوصي يقوم مقام الأب ويثبت النكاح.

---

(١) سقطت كلمة:« هل يقع طلاقه » من (ب).
(٢) في (ب):« فطلقها ».
(٣) في (أ):« لأنها ».

وجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر أن الحق في الولاية إلى العصبات فلم تجز الوصية بذلك لأن فيه[1] إسقاط حقوق العصابات.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة أنها ولاية تنتقل إلى غيره بموته فجاز أن يقطعها بفعله، دليله الولاية في المال على أولاده الصغار لما كان الحق في ذلك إلى الحاكم وجاز له إسقاطه بالوصية إلى غيره كذلك هاهنا وكذلك ثلث[2] التركة له أن يوصي بذلك، وإن كان الحق في ذلك للورثة كذلك هاهنا.

إجبار الأب لابنته البكر البالغ على النكاح:

٥- **مسألة**: في الأب هل يملك إجبار ابنته البكر البالغ على النكاح؟
فنقل الأثرم والميموني: يملك وهو اختيار الخرقي.
ونقل عبدالله: إذا بلغت تسع سنين فلا يزوجها أبوها ولا غيره إلا بإذنها.

وجه الاولى: وهي الصحيحة: أن من لم يفتقر نكاحها إلى نطقها مع قدرتها على النطق لم يفتقر إلى رضاها قياساً على البكر الصغيرة.

ووجه الثانية: أنها تملك التصرف في مالها بنفسها فلم يملك الأب إجبارها دليله الثيب.

إجبار الأب لإبنته الثيب الصغيرة على النكاح:

٦- **مسألة**: في الثيب الصغيرة هل يملك الأب إجبارها على النكاح؟
فقال أبو بكر في كتاب الخلاف[3]: انه يملك الإجبار. وقال شيخنا أبو عبدالله وأبو عبدالله بن بطة وأبو حفص بن المسلم: لا يملك إجبارها. وجه قول أبي بكر أنها غير متصرفة في مالها فجاز إجبارها على النكاح دليله البكر الصغيرة.

---

(١) في (ب): «لأن فيه إسقاط حقوقهم فلم تجز الوصية بذلك لما فيه من إسقاط حقهم والمثبت أصوب لأن الزيادة المذكورة لا تدل على معنى زائد عن معنى العبارة المثبتة.

(٢) سقطت من (أ) كلمة: «ثلث».

(٣) في (ب): «في كتاب الطلاق».

ووجه من قال: لا يملك إجبارها وهو الصحيح أنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع فلم يملك إجبارها على النكاح كالثيب الكبيرة ولأنها قد اختبرت المقصود فلم يثبت عليها إجبار فيه كما أن من اختبر أمر المال لا يثبت عليه إجبار فيه.

النكاح الموقوف على الإجازة:

٧- **مسألة**: في النكاح هل يصح أن يقع موقوفاً على الإجازة؟

فنقل ابن منصور: إذا تزوجت بغير إذن وليها ثم أذن الولي بعد ذلك فأعجب إلي[١] أن يستأنف النكاح وكذلك نقل أبو الحارث إذا جعلت أمرها إلى رجل فزوجها لم يجز وتستأنف النكاح، فظاهر هذا أن النكاح لا يقف على الإجازة- وهو اختيار الخرقي-.

ونقل صالح في صغير زوجه عمه فإن رضي به في وقت من الأوقات جاز وإن لم يرض فسخ. وكذلك نقل عبدالله: إذا زوجت اليتيمة فإذا بلغت فلها الخيار فهذا يدل على أن النكاح يقف على الإجازة.

ونقل أيضاً ابن منصور عنه: قال سفيان في يتيمة زوجت ودخل بها الزوج ثم حاضت عند الزوج بعد ذلك قال: تخير فإن اختارت نفسها لم يقع التزويج وهي أحق بنفسها وإذا قالت: اخترته فليشهدوهما على نكاحهما. قال أحمد: جيد فهذا يدل على أن النكاح يقف على الإجازة.

وجه الأولى: وهي الصحيحة أن هذا النكاح لا يثبت فيه شيء من أحكام النكاح الصحيح كالطلاق والظهار واللعان والإيلاء واستباحة الاستمتاع والتوارث وعدة الوفاء وغير ذلك من أحكام النكاح الصحيح فدل[٢] ذلك على أنه باطل من أصله كنكاح المرتدة والمعتدة.[٣]

ووجه الثانية: أن هذا العقد له مخير في الحال فجاز أن يقف على اجازته

---

(١) سقطت كلمة: «إلي» من (أ).

(٢) في (ب): «فيدل».

(٣) في (أ): «المرتد والمعتدة».

قياساً على الوصية بأكثر من الثلث، واللقطة إذا تصدق بها بعد الحول فإنها تقع موقوفة على إجازة الورثة، وإجازة المالك كذلك هاهنا، ولا يلزم عليه المعتدة، والمرتدة، والنكاح في حال الإحرام، لأنه ليس له مخير في الحال فلهذا كان باطلاً.

ولاية الفاسق في عقد النكاح:

٨- مسألة: في ولاية الفاسق هل تصح في عقد النكاح؟

فنقل مثنى بن جامع الأنباري، أنه سأل أحمد رحمه الله :إذا تزوج بولي وشهود غير عدول هل يفسد من النكاح شيء؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء، فظاهر هذا أن ولاية الفاسق صحيحة، وكان شيخنا أبو عبدالله يقول لا ولاية فإن قلنا:تصح ولايته، فوجهه أن عصراً من الأعصار لم يخل من الفساق، يزوجون اولادهم الصغار ولم ينقل عن أحد من السلف الإنكار[١] عليهم والفرق بينة وبين العدل، ولأنه من أهل ميراثها أشبه العدل، ولأنه ممن يزوج ابنه فكان له أن يزوج ابنته، كالعدل، ولأنه ممن يقبل النكاح لنفسه فجاز أن يملك الولاية في نكاح ولده كالعدل. وإذا قلنا: لا تصح فوجهه أنها ولاية بتزويج في حق الغير فيجب أن ينافيها فسقه في دينه قياساً على ولاية الأبكم. وقولنا: ولاية بتزويج احتراز من ولاية القصاص وقولنا:في حق الغير احتراز من ولاية السيد على أمته.وقولنا: فنافاها فسقه في دينه احتراز من الكافر يزوج ابنته الكافرة فإنه ليس بفاسق في دينه وإنما هو فاسق في ديننا ولأن الولي إنما أريد في النكاح ليطلب الحظ ويضعها في كفء ولا يضيع حقها وهذا المعنى إنما يوجد في الولي إذا كان رشيداً.

اشتراط الشهادة لصحة النكاح:

٩- مسألة: في الشهادة هل هي شرط في صحة النكاح؟

فنقل الميموني ومهنا والمروذي: إذا تزوج ولم يشهد ثم مات أحدهما لم

---

(١) في (ب):(التكبر عليهم).

يتوارثا لأنه لم ينعقد النكاح.فظاهر هذا أن الشهادة شرط في صحة النكاح.

وذكر أبو بكر في كتاب المقنع فقال: حدثنا علي بن عيسى الحذاء أبو الحسن الشيخ الصالح من أصحابنا ثقة مأمون قال:حدثنا شيخ له ذكر عن إبراهيم بن يعقوب الودخاني قال: قلت لأحمد ما تقول في نكاح بلا ولي؟ قال: لا يجوز قلت: فلا شهود قال: الشهود أحب إليّ وإن لم يشهد فالنكاح جائز وجدنا ابن عمر زوج بلا شهود.

وكان يزيد بن هارون يحتج بحديث يحدث به شعبة عن عبدالله أنه رأى نكاحاً جائزاً ولم يكن شهود فظاهر هذا أن الإشهاد ليس بشرط.وقد ذكر أبو بكر أن المسألة على روايتين.

ووجه الرواية الأولى: وهي الصحيحة ما روت عائشة أن النبي - ﷺ - قال: لا نكاح إلا بولي وشاهدين[1]: ولأن النكاح يتعلق به حق المتعاقدين وهو أنه يثبت به الفراش ويلحق به النسب فاشترط فيه الشهادة لحفظ النسب ويفارق هذا سائر العقود من البيع والإجارة لأن الحق لا يتجاوزهما.

ووجه الثانية: ما روي أن النبي - ﷺ - زوج امامة بنت الحارث ولم يشهد[2] ولأنه عقد معارضة فلم يفتقر إلى الشهادة كالبيع ولأنه عقد على منفعة فهو كالاجارة ولأنه عقد يستباح به البضع فهو كالرجعة.

النكاح المكتوم:

١٠- مسألة: إذا حضر العقد شاهدان وتواصوا بكتمان النكاح. فهل النكاح صحيح أم باطل؟

فقال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم وقد سأله عن الرجل يتزوج بولي

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب النكاح- باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ١٢٥/٧ ومصنف ابن أبي شيبة كتاب النكاح باب من قال: لا نكاح إلا بولي أو سلطان ١٢٩/٤. عن جابر بن زيد، و١٣٠ عن الحسن. ومجمع الزوائد- كتاب النكاح- باب ما جاء في الولي والشهود ٢٨٦/٤.

(٢) بحثت عن هذا الحديث فلم أهتد إليه.

وشاهدين ويخفي النكاح فقال: يستحق ان يضرب عليه بالدف كما يعلم به الناس.

وكذلك نقل عبد الله عنه وقد سأله عن نكاح السر، وهل يكون السر إذا كان شاهدين ولياً، فقال: يستحب أن يظهر النكاح، ويضرب عليه بالدف حتى يشتهر ولا يكون سراً بولي. وظاهر هذا أن إعلانه مستحب وأن كتمانه لا يبطل العقد.

وقال أبو بكر في كتاب الرجعة من كتاب الشافي: النكاح باطل. قال: لأن أحمد قال في رواية ابي طالب:إذا طلقت زوجته وراجعها واستكتم الشهود حتى انقضت العدة فرق بينهما ولا رجعة له عليها فلما نص على بطلان الرجعة لأجل كتمان الشهود فأولى أن يبطل النكاح. قال أبو بكر:من شرط النكاح الإظهار فإذا دخله الكتمان فسد كذلك الرجعة.

ووجه الأول في أن النكاح صحيح وهو الصحيح ما روي عن النبي- ﷺ- أنه قال: لا نكاح إلا بولي وشاهدين[1] فعلق صحته بالولي والشاهدين وقد وجدا، ولأنه عقد فلم يكن من شرطه ترك التواصي بكتمانه دليله البيع.

ووجه قول أبي بكر نهي النبي- ﷺ- عن نكاح السر[2]. فإذا تواصوا بكتمانه فهو سر ولأن التواصي بكتمانه ذريعة الى الزنا لأن من يوجد مع امرأة يقول: تزوجتها سراً أو ما أعلمت أحداً ولا ينفعه حضور الشهود، ولأنه إذا قارنه التواصي بالكتمان فالإشهاد غير نافع.

شهادة النساء في النكاح:

١١- مسألة: هل ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين؟

(١) تقدم تخريجه في المسألة التي قبل هذه المسألة ٩.

(٢) مجمع الزوائد- كتاب النكاح- باب نكاح السر ٨٥/٤ وقد روي عن عمر- رضي الله عنه-: أنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه رجمتك السنن الكبرى للبيهقي كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ١٢٦/٧. وموطأ مالك- كتاب النكاح باب جامع ما لا يجوز من النكاح ٣٣٥/٢ حديث رقم ٢٦.

فنقل حنبل لا يجوز وليستأنف النكاح.

ونقل حرب: إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز فإن كان معهن رجل فهو أهون. فظاهر هذا صحة النكاح.

وقال أبو حفص بن السلم العكبري: قوله أهون ليس باعتقاده لإجازة النكاح برجل وامرأتين وإنما قال: أهون، يعني في اختلاف الناس، فإن حملنا الكلام على ظاهره وأنه ينعقد بشهادة رجل وامرأتين، فوجهه قول النبي -ﷺ-:لا نكاح إلا بولي وشهود[1]، وهذا عام ولأن النكاح لا يسقط بالشبهة فكان لشهادة النساء مدخل فيه كحقوق الآدميين، ولأنه عقد على منفعة فأشبه الإجارة.

وإذا قلنا: لا ينعقد بشاهد وامرأتين، وهو الصحيح، فوجهه أن كل ما لم يكن المقصود منه المال فإذا لم يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لم يقبلن مع الرجال قياساً على القصاص، وقولنا:لم يكن المقصود منه المال احتراز من الديون وعقد البيع والإجارة وغير ذلك مما يقصد به المال،وقولنا: إذا لم يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد احتراز من الولادة والرضاع وعيوب النساء.

تزويج المجنون:

١٢ - **مسألة**: في المجنون إذا كان جنونه مطبقاً في جميع الأوقات وكان محتاجاً إلى النكاح،فقال الخرقي: يجوز للولي تزويجه وقد نص عليه أحمد في رواية بكر بن محمد في المعتوه يزوج، فإن لم يكن له ولي يزوجه فالسلطان.

وقال أبو بكر في كتاب الخلاف لا يجوز للأب أن يزوج ولده المجنون إذا كان بالغاً.

وجه قول الخرقي أنه يحتاج إلى ذلك وليس له إذن في الحال ولا يرجى له إذن في الثاني فجاز تزويجه بغير إذنه غير مكلف فملك تزويجه كالصغير العاقل.

(١) لم أجد في هذا الحديث (وشهود) بلفظ الجمع وقد تقدم تخريجه بلفظ:(لا نكاح إلا بولي وشاهدين) في مسألة اشتراط الشهادة لصحة النكاح وهي المسألة التاسعة.

ووجه قول أبي بكر أنه بالغ محجور عليه فلم يملك الولي إجازه على النكاح كالمحجور عليه لسفه وكالذي يفيق في وقت ويجن في وقت.

تحمل السيد لمهر ونفقة زوجة عبده إذا تزوج بإذنه:

١٣- مسألة: إذا أذن السيد لعبده في النكاح فنكح فمن أين يستوفي المهر والنفقة؟ على روايتين. إحداهما يتعلق بذمة السيد فإن كان له مال أخذ من ماله، وإن لم يكن له مال بيع جزء منه وصرف ثمنه فيه. أومأ إلى هذا في رواية حنبل فقال: إذا أذن السيد لعبده فتزوج فالنفقة على السيد وكذلك قال في رواية مهنا: إذا أذن لعبده في التزويج فتزوج وأصرف أربعة آلاف وثمنه ثمانمائة ولم يرض المولى فالمهر دين على العبد وعلى السيد قيمته فقد جعل النفقة في ذمة السيد والمهر أيضاً إذا كان المسمى قدر قيمته.

والرواية الثانية يتعلق ذلك بكسب العبد إذا كان له كسب فإن لم يكن له كسب ملكت الفسخ كما تملك على الحر المعسر ولا يلزم السيد ذلك أومأ إليه في رواية المروذي فيمن زوج عبده حرة ولم يكن عنده ما ينفق: يفرق بينهما وإن زوجة أمة أنفق العبد عليها إذا كانت بقيمة ضريبته.

وكذلك روى مهنا: إذا أذن له فنفقته في ضريبته يعني كسبه. فظاهر هذا أنها تتعلق بكسبه ولا تتعلق بذمة السيد فإن كان له كسب وإلا فرق بينهما إذا اختارت الفسخ.

والأولى أشبه بالمذهب لأنه حق تعلق بالعبد برضى المولى فجاز أن يباع فيه كما لو رهنه بدين بيع فيه.

ووجه من قال: تعلق بكسب العبد قال: لا يخلو من أربعة أحوال إما أن يتعلق بذمة العبد أو برقبته أو بذمة السيد أو بكسب العبد ولا يجوز أن يتعلق بذمته فيتبع به العتق لأن ما في مقابلة المهر والنفقة من الاستمتاع يستحقه الزوج معجلا ويستوفيه في الحال فلا يجوز أن يتأخر حق المرأة الذي في مقابلته إلى وقت العتق ولا يجوز أن يقال: انه يتعلق برقبة العبد لأن كل حق وجب برضا صاحبه فلم يتعلق بالرقبة كما لو استقرضت العبد شيئاً فإن

ذلك لا يتعلق برقبته لأنه وجب برضا صاحبه كذلك المهر وبطل أن يتعلق بذمة السيد لأنه إنما يتعلق بذمة السيد ما ضمنه عن عبده ولم يضمن عنه المهر والنفقة حتى يتعلق بذمته فإذا بطلت هذه الأقسام الثلاثة ثبت أن ذلك يتعلق بكسب العبد.

قدر صداق زوجة العبد إذا تزوج بغير إذن سيده:

١٤- مسألة: إذا نكح العبد بغير اذن سيده ودخل بها ففي قدر الصداق روايتان: إحداهما: يتعلق بذمة السيد خمسا المسمى إن لم يجاوز ذلك قيمة العبد، فإن جاوز ذلك (رجع) إلى قيمته[1]. نص على هذا في رواية أبي عبدالله وأبي الحارث وهو اختيار الخرقي.

والثانية، يتعلق برقبته مهر المثل إن لم يجاوز قدر القيمة لأن أحمد- رحمه الله- قال في رواية المروذي: إذا تزوج بغير إذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخمسين[2] وإنما ذهب إلى أن تعطى شيئاً يعني بذلك مهر المثل.

قال أبو بكر: هو القياس ولا يختلف المذهب أن الصداق يتعلق برقبته فإنما الروايتان في مقداره إنما يتعلق برقبته يباع فيه لأن الوطء يجري مجرى الجناية بدليل أن الشهود يغرمون المهر إذا رجعوا في الشهادة في الطلاق وقد بينا أن جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها كذلك هاهنا.

ووجه من قال: يجب خمسا المهر ما روى جلاس أن غلاماً لأبي موسى تزوج مولاة أحسبه قال: تيجان التيمي بغير إذن أبي موسى فكتمه في ذلك الى عثمان فكتب إليه أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها وكان صداقها خمسة أبعرة. قال قتادة: فذكرت ذلك لبلال فقال: نعم ذلك غلامنا تزوج أم رواح[3].

---

(١) في الأصل: (فإن جاوز ذلك إلى قيمته).

(٢) مصنف عبدالرزاق- كتاب النكاح- باب نكاح العبد بغير إذن سيده- ٢٤٣/٧ رقم ١٢٩٨٤- وباب العبد يغر الحرة ٢٦٢/٧ رقم ١٣٠٧١ و١٣٠٧٤. مصنف ابن أبي شيبة- كتاب النكاح باب العبد يتزوج بغير إذن مولاه ٢٦٩/٤ و٢٦٠.

(٣) الحديث السابق في المسألة.

فعثمان قضى بذلك قضية ظاهرة ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه فعلم أن المسألة إجماع.

ووجه من قال: يجب مهر المثل أن المسمى إذا سقط وجب مهر المثل كمن تزوج على خمر أو خنزير لما سقط المسمى رجع فيه إلى مهر المثل كذلك هاهنا ولأنه ليس في الأصول أن المرأة تنقص من جميع المسمى أو جميع مهر المثل بعد الدخول.

وجوب الصداق على الأب إذا زوج ابنه الصغير الذي لا مال له:

١٥ - مسألة: إذا زوج ابنه الصغير ولم يكن للصبي مال فهل يلزم الأب الصداق؟

فيه روايتان. إحداهما. يجب في ذمة الصبي إلى أن يكبر ويكتسب ويدفعه ولا يلزم الأب أن يؤدي من ماله. نص عليه في رواية مهنا وصالح وأبي الحارث الصداق على الابن إلا أن يضمن الأب.

وقال أيضاً في رواية المروذي في الصبي يزوجه أبوه وليس له مال فطالبوه بالنفقة، فقال: ليس على الأب أن ينفق عليها قدر رضوه حين زوجوه. والثانية: يجب على أبيه أن يؤديه من ماله نص عليه في رواية إسحاق بن هانيء إذا زوج ابنه الصغير من غير رضاه فالمهر على الأب وإن زوجه وهو راضي به فالمهر على الغلام إذا كان له مال فقد نص على أن المهر على الأب. ومعنى قوله: إن زوجه بغير رضاه فالمهر عليه يعني أن يكون الابن قد بلغ حداً يصح أن يلي عقد النكاح لنفسه وهو إذا كان له عشر سنين فصاعداً، وقلنا: إنه يصح ان يلي عقد النكاح بينه فإذا زوجه في هذه الحال بغير اختياره فالمهر على الأب وإن كان باختياره وهو أن أذن لأبيه في ذلك فالمهر في مال الابن لأجل إذنه فيه.

فوجه هذه الرواية وان المهر يلزم الأب أنه لو أذن لعبده في التزويج تعلق المهر بذمة السيد وكذلك إذا زوج ابنه وهو غير واجد للمهر يجب أن يتعلق المهر بذمته.

ووجه الرواية الأولى وهي الصحيحة أن ذمة السيد ذمة العبد بدليل أنه

لو أذن له في الدين فداين فعلى السيد قضاؤه ولو أذن لابنه في الدين لم يكن على الأب قضاؤه فبان الفرق بينهما ولأنه مال وجب بعقد معارضة فكان لازماً لمن ملك البدل كالثمن في البيع.

انعقاد النكاح بلفظ- أعتقت أمتي وجعلت عتقها صداقها-:

١٦- مسألة: إذا قال:أعتقت أمتي وجعلت عتقها صداقها، فهل ينعقد النكاح بهذا اللفظ؟

فنقل حنبل وأبو طالب وأبو داود وعبدالله:ينعقد النكاح وهو اختيار الخرقي، إذا كان بحضرة شاهدين.

ونقل المروذي:إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً يزوجها، فظاهر هذا أن النكاح لم ينعقد بذلك.

وجه الأولى: ما روى أنس أن النبي- ﷺ أعتق صفية وتزوجها فقال له ثابت ما أصدقها قال:نفسها وروى:تزوج صفية وجعل عتقها صداقها[1].

ووجه الدلالة أن النبي- ﷺ- وجد منه لفظ العتق وجعله صداقاً وحكم بصحة النكاح بذلك اللفظ ولم ينقل عنه أحد أنه عقد بعد هذا ولأنه قال: جعل عتقها صداقها ولا يكون العتق صداقاً إلا في نكاح قد انعقد.

---

(١) صحيح البخاري- كتاب النكاح- باب من جعل عتق الأمة صداقها ٣/٢٤١ وكتاب المغازي- باب غزوة خيبر ٤/٤٩ وصحيح مسلم- كتاب النكاح باب فضل إعتاق أمته ثم يتزوجها ٢/١٠٤٣ حديث ١٤٢٨ وسنن أبي داود كتاب النكاح باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ٢/٥٤٣ حديث ٢٠٥٤ وسنن الترمذي- كتاب النكاح باب ما جاء في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ٢/٥٤٣ حديث ٢٠٥٤, وسنن الترمذي- كتاب النكاح باب ما جاء في الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها ٢/٢٩١ حديث ١١٢٣. وسنن ابن ماجة- كتاب النكاح باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ١/٦٢٩ حديث ١٩٥٧. وسنن النسائي- كتاب النكاح- باب التزويج على التعتق ٦/١١٤. وسنن الدارمي في كتاب النكاح- باب في الأمة يجعل عتقها صداقها ٢/١٥٤ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب النكاح باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ٧/١٢٨ ،ومصنف عبدالرزاق- كتاب النكاح- باب عتقها صداقها ٧/٢٦٩ حديث ١٣١٠٧ ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب النكاح- باب في رجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ٤/١٥٦.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة عندي أن لفظ النكاح لم يوجد وإنما وجد لفظ العتق وجعله صداقها وهذا لا يجوز أن ينعقد به لفظ النكاح لأنه ليس بلفظ إيجاب ولا قبول ولأن لفظ النكاح ينحصر بلفظين: أنكحت، وتزوجت وجواباً عنها وهو أن يقول: نعم عند قبول الخاطب له أزوجت وتزوجت وهذا لم يوجد.

تقديم الجد على الابن والأخ في ولاية النكاح:

١٧- مسألة: هل يقدم الابن والأخ على الجد في ولاية النكاح؟

فنقل ابن منصور: أنهما يتقدمان الجد.

وقال الخرقي وأبو بكر: الجد مقدم عليهما.

ووجه قولهما: أن الجد له إيلاد وتعصيب فكان مقدماً كالأب.

ووجه الأولى: أن الابن والأخ أقرب إليها من جدها لأن الجد يدلي إليها بغيره وهو الأب والابن يدلي إليها بنفسه وهو أنه ابنها ولأنه بعض منها والأخ ركض معها في رحم واحد.

تقديم الأخ الشقيق على الأخ لأب في ولاية النكاح:

١٨- مسألة: هل يقدم الأخ من الأب والأم على الأخ من الأب. أم هما سواء؟.

فنقل صالح وأبو الحارث: أنهما سواء وهو اختيار الخرقي. وقال أبو بكر: الأخ من الأب والأم أولى.

وجه الأولى انهما عصبتان انفرد أحدهما بما لا مدخل له بالتزويج بحال فيجب أن يتساويا كالأخوين إذا كان أحدهما خالاً.

ووجه الثاني: أن الأخ من الأب والأم قد ساوى الأخ من الأب في التعصيب وانفرد بميزة الرحم من جهة الأم فكان أولى كما قلنا في باب الميراث.

ولاية الصبي المميز للنكاح:

١٩- مسألة: في الصبي إذا كان مميزاً هل يملك الولاية في النكاح؟

قال أبو بكر في كتاب المقنع: اختلفت الرواية في الصغير هل يكون ولياً؟ فنقل ابن منصور: لا ولاية لصغير ولا لمعتوه لأنه غير بالغ فاشبه الطفل الذي ليس بمميز.

ونقل صالح: إذا بلغ عشر سنين يزوج ويتزوج ويطلق ويوكل في الطلاق. وذكر هذا أبو بكر في زاد المسافر لأنه في هذه الحالة تصح وصيته وإسلامه.

شروط الكفاءة:

٢٠- مسألة: واختلفت في شروط الكفاءة على روايتين:

إحداهما: أنها شرطان النسب والدين، قال في رواية ابن مشيش وابن الحارث الأكفاء المنصب والدين قيل له: فالمال قال: لا.

والثانية أنها خمسة: المنصب والحرية والدين والمال والصناعة قال في رواية مهنا: الناس أكفاء إلا الحائك والحجام والكساح قيل له: تأخذ بالحديث قال: نعم، قيل له: فإنك تضعفه، قال: العمل عليه.

ونقل ابن منصور: الكفء في الحسب والدين والمال.

ووجه هذه الرواية أن الناس يتفاضلون في العادة بالأنساب فمن كان رفيع النسب لا يساويه من كان وضيع النسب فدل على أن التساوي في النسب من شرائط الكفاءة وكذلك الفسق نقص في العادة فيجب أن يكون من شرائطها ولأنه ربما يجنى عليها بفسقه، وكذلك الصنائع الزرية نقص في العادة كالحائك والحجام والكساح وقد قال النبي ﷺ- في حديث ابن عمر: العرب بعضها أكفاء لبعض حي بحي وقبيلة بقبيلة ورجل لرجل إلا حائك وحجام[1]. وكذلك الرق نقص في العادة ولأن على المرأة ضرر في نكاحه لأنه ينفق نفقة المعسرين ولا ينفق على أولاده وكذلك اليسار في العادة لأن الناس يتفاضلون بكثرة المال كما يتفاضلون بالأنساب فيجب أن يكون من شرائطها.

ووجه الأولى: أن جميع هذه الأشياء نقصها ليس بلازم ويزول إلا النسب

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب النكاح- باب اعتبار الصفة في الكفاءة ١٣٤/٧.

فإن نقصه لازم ولا يزول فالضرر يلحق به فلهذا كان شرطاً وهذا التعليل يوجب الا يكون الفسق من شرائطها لأنه نقص يزول ولأن فقد النسب يوجب بطلان النكاح نص عليه في رواية الميموني ومهنا، وبقية الشرائط لا يوجب فقدها بطلان النكاح للمعنى الذي ذكرناه وهو أن نقص هذا لازم ولأنه عقد اعتبر فيه النسب فكان فقده مبطلاً له كالإمامة الكبرى لما كان النسب معتبراً فيها وكونه من قريش كان فقده مانعاً من صحة العقد، ولأن محمد بن طلحة قال: قال عمر لامنعن فروج ذات الأنساب من النساء إلا من الأكفاء[1]. فلولا أن ذلك حق لله تعالى لم يعترض فيه ولتركه موقوفاً على اختيار الأولياء.

تكافؤ العرب في النسب:

٢١ - مسألة: في العرب هل يتفاضلون أم كلهم أكفاء؟

على روايتين: إحداهما أنهم يتفاضلون في النسب فقريش ليسوا بأكفاء لسائر العرب وبنو هاشم ليسو بأكفاء لقريش قال في رواية مهنا: قريش أكفاء بعضهم لبعض والموالي أكفاء بعضهم لبعض ومولى القوم منهم. وقال في رواية الحارث: لا يتزوج العربي إلا عربية ولا القرشي إلا قرشية فقريش أكفاء لقريش والعرب أكفاء للعرب والناس بعضهم أكفاء لبعض. ونقلت من خط جدي أبي القاسم رحمه الله- قال: قرىء على أبي الحسن محمد بن حبيش البغوي المعدل قال: حدثنا عبدالله بن أحمد بن حنبل قال: سألت أبي قلت: من أفضل الناس بعد رسول الله- ﷺ- قال: أبو بكر قلت: يا أبت ثم من؟ قال: عمر، قلت: يا أبت ثم من؟ قال: عثمان، قلت: يا أبت فعلي، قال: يا بني عليٌّ من أهل بيت لا يقاس بهم أحد ومعناه لا يقاس بهم نسباً. فعلى هذا لا تكون قريش أكفاء لبني هاشم لأنه فضلهم على غيرهم ممن تقدم ذكره من الصحابة وهم من قريش. وكذلك أخبرنا ابن أبي مسلم الفرضي في الإجازة قال: حدثني محمد بن يحيى الصولي قال:

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب النكاح- باب اعتبار الكفاءة ١٣٣/٧ بلفظ: (لا ينبغي لذوات الأحساب تزوجهن إلا من الأكفاء). ومصنف عبدالرزاق- كتاب النكاح باب الأكفاء ١٥٢/٦ و١٥٤ رقم ١٠٣٢٤ و١٠٣٣١ ومصنف ابن أبي شيبة كتاب النكاح باب ما قالوا في الأكفاء في النكاح ٤١٨/٤.

سمعت عبدالله بن أحمد بن حنبل يقول:سألت أبي عن حديث ابن عمر:كنا إذا فاضلنا بين أصحاب رسول الله- ﷺ- قلنا:أبو بكر وعمر وعثمان فقال:هو كما قال:قلت:فأين علي بن أبي طالب؟ قال: يا بني لم يقل من أهل بيت رسول الله فلذلك لم يذكره. فظاهر هذا من كلامه ان حديث ابن عمر تضمن بيان التفضيل بين أصحاب رسول الله- ﷺ- الذين لا قرابه لهم برسول الله ﷺ- وعلى له قرابة وصحابة وتفضيله على غيره ثبت بدليل آخر ولأنه وإن كان علي من حملة الصحابة إلا أن له اسماً اختص به وهو القرابة.

فالرواية الأخرى:العرب كلها أكفاء قال في رواية أبي طالب وقد ذكر له حديث أسامة لما تزوج فاطمة بنت قيس قال:أسامة عربي جرى عليه الرق فظاهر هذا أنه اعتبر المساواة في العربية ولم يعتبر المساواة في الشرف. وجه الأولى: وهي الصحيحة ما روى ابن عمر عن النبي ﷺ- قال: نحن معاشر قريش خير العرب وموالينا خير الموالي[١]. وما روت عائشة قالت: قال رسول الله- ﷺ-: قال لي جبريل عليه السلام: قلبت مشارق الأرض ومغاربها فلم أجد أفضل من بني هاشم[٢]. ولأن قريشاً فضلت على سائر العرب برسول الله- ﷺ- وإنه منهم وبنو هاشم فضلوا على سائر قريش أنهم من أجداد النبي ﷺ- فلم يكن بعضهم كفئاً لبعض.

ووجه الثانية: أن العربية تجمعهم فكانوا أكفاء دليله قريش مع قريش

(١و٢) لم أجد هذين الحديثين باللفظين المذكورين، ولعله يدل لمضمونها قوله- ﷺ-: «ان الله اصطفى كنانة من بني إسماعيل واصطفى من كنانة قريشاً، واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم»- صحيح مسلم- كتاب الفضائل- باب فضل نسب النبي- ﷺ- ١٧٨٢/٤ حديث ٢٢٧٦. والسنن الكبرى للبيهقي كتاب النكاح باب اعتبار النسب في الكفاءة ١٣٤/٧. وقوله- ﷺ- حينا جمع المهاجرين من قريش فقال: (هل فيكم أحد من غيركم)؟ قالوا: نعم حلفاؤنا وبنوا إخواننا ومو الينا). فقال: (موالينا منا)- مجمع الزوائد في المناقب- باب في موالي قريش ٢٤/١٠، ومصنف عبدالرزاق باب فضائل قريش ٥٥/١١ و٥٦ رقم ٩٨٩٧/ و١٩٨٩٨. وقوله- ﷺ-:(مولى القوم منهم) أو (من أنفسهم)- صحيح البخاري- كتاب الزكاة- باب مولى القوم منهم ١٩٦/٤.
وسنن النسائي- كتاب الزكاة- باب مولى القوم منهم ١٠٧/٥ ومجمع الزوائد كتاب الزكاة باب الصدقة لرسول الله ﷺ ٩١/٣ ومستدرك الحاكم في الزكاة ١٠٤/١.

وبنو هاشم مع بني هاشم. وأما مولى العرب فهو العبد المعتق فهل يكون كفئاً لهم أم لا؟

فنقل مهنا: أن مولى القوم منهم فظاهر هذا أنه كفء.

ونقل الميموني وأبو طالب: مولى القوم منهم أن ذلك خاص في حرمان الصدقة، أما في جواز المناكحة فلا.

ووجه الأولى: قول النبي -ﷺ-: مولى القوم منهم[1]. وهذا عموم ولأنه لما كان له حكمهم في حرمان الزكاة يجب أن يكون لهم حكمهم في الكفاءة في النكاح.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة قوله عليه السلام: العرب أكفاء قبيلة بقبيلة[2]. وهذا ليس من العرب ولأنهم لم يساووا بهم في النسب أو لأنهم دونهم في النسب أو لأنهم فضلوا عليه بالعربية فلم يكن كفئاً لهم، دليله مولى غيرهم.

النكاح المعقود من وليين إذا جهل السابق منهما:

٢٢- مسألة: إذا زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما.

فنقل أبو الحارث: يفسخ النكاحان جميعا وهو اختيار الخرقي.

ونقل ابن منصور: يقرع بينهما فمن وقعت عليه القرعة فهي له، وظاهر هذا أنها له بالنكاح المتقدم.

وقال أبو بكر أحمد بن سليمان صاحب الخلاف: يقرع بينهما فمن أصابته القرعة أمر الذي لم تصبه القرعة ان يطلق ويجدد الذي اصابته القرعة النكاح فإن كانت امرأة الذي لم تصبه القرعة فقد بانت منه بالطلاق ويجدد الذي اصابته القرعة بعد ذلك النكاح.

وجه قول من قال بالقرعة أنه لما جاز استدامة النكاح بالقرعة وهو إذا طلق إحدى نسائه وأنسيها أو طلق واحدة لا يعنيها انه تخرج المطلقة بالقرعة

---

(١) تقدم تخريجه في المسألة نفسها.

(٢) السنن الكبرى كتاب النكاح- باب اعتبار الصفة في الكفاءة ١٣٥/٧.

ويستديم نكاح البواقي جاز ابتداء الملك بالقرعة ولأنه لو تداعى نفسان وديعة في يده فاقر بها لأحدهما وأشكل عليه عينه فإنه يقرع بينهما فتكون لأحدهما كذلك هاهنا.

ووجه من قال:لا يقرع أن النكاح مما لم يبن أمره على التعيين والسراية·ولا يدخله البدل والإباحة فلم تدخله القرعة دليله النسب وهو إذا قال أحد هؤلاء الجماعة:ابني ومات قبل أن يتبين فإنه لا يقرع بينهم.

ومن قال بالأول يجيب عن هذا بأن النسب قد يدخله التغليب ألا ترى أنه إذا أقر بأحد التوأمين كان إقراراً منه بالآخر؟فالوصف لا يوجد مع ان في ذلك نظراً من المذهب لأنه إذا طلق إحدى نسائه لا بعينها ومات انه يقرع بينهن وترث من لم تقع عليها القرعة.

والروايتان فيما إذا علم أن أحدهما أسبق وجهل عينه وإذا علم أنهما وقعا معا في حالة واحدة لأنه إذا جازت القرعة مع العلم بفساد أحدهما وهو المتأخر فاولى أن يجوز فيما إذا لم يحكم بالفساد في أحدهما الا ترى انه يقرع بين العبيد في العتق في المرض سواء اعتقهم معاً او اعتق واحداً بعد واحد؟

وأما قول أبي بكر بن سليمان يؤمر من لم تصبه القرعة بالطلاق فصحيح لجواز أن تكون زوجته فيستديم الآخر وطأها ومثل هذا قلنا في النكاح الفاسد يفسخ الحاكم النكاح لأجل الخلاف.وقوله يستأنف الذي وقعت عليه القرعة العقد لا معنى له لأن أحمد رحمه الله- قال من أصابته القرعة فهي له ولم يذكر استئنافا ولأنه إذا كان يحتاج إلى استئناف فلا معنى للقرعة لأنه كان يجب أن يؤمر كل واحد منهما بالطلاق ثم يتزوجها من تشاء منهما.

طلاق الأب لزوجة ابنه الصغير أو المجنون:

٢٣ - مسألة: إذا زوج الرجل ابنه الصغير أو المجنون هل يملك الأب أن يطلق زوجته؟

فقال أحمد في رواية أبي الصقر قد اختلف في ذلك وكأنه رآه.

قال أبو بكر: لم يبلغني عن أبي عبدالله في هذه المسألة إلا ما رواه أبو الصقر فيتخرج على قولين:

أحدهما: يملك الفسخ عليه يعني يملك إيقاع الطلاق كما يملك العقد ألا ترى أنه لما ملك أن يبتاع له ملك أن يبيع عليه ويزيل ملكه عنه؟

والثاني: لا يملك إيقاع الطلاق عليه وهو أصح لأن الطلاق إنما هو لعجزه عن القيام بالزوجة أو لبغضه لها ولا يعلم ذلك من الصبي والمجنون.

ولاية المرأة لنكاح أمتها أو معتقتها:

٢٤- مسألة: في المرأة إذا كان لها أمة أو معتقة هل لها أن تزوجها بنفسها وإن زوجتها هل يصح العقد أم لا؟

فنقل أبو الحارث في امرأة زوجت أمتها بنفسها: لم يجز، هذا النكاح باطل. قال أبو هريرة: لا تنكح المرأة نفسها ولا تنكح من سواها[1]. فظاهر هذا أنها ليست ولية بحال وهو اختيار الخرقي- رحمه الله- لأنه قال يزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها ويزوج مولاتها من يزوج أمتها.

ونقل بكر بن محمد عن أبيه عنه: إذا كان للمرأة جارية قن فعتقتها فأرادت أن تزوجها جعلت أمرها إلى رجل يزوجها لأن النساء لا يلين العقد فإن زوجت لم يفسخ النكاح. فظاهر هذا أنه لا يستحب ذلك ولكن العقد صحيح. قال أبو بكر: كلا القولين محتمل، والصحيح أن النساء لا يلين العقد ولا تكون المرأة عصبة في النكاح. وجه ذلك أن المرأة ناقصة بالأنوثية وولاية النكاح مبنية على الكمال فلم يكن لها مدخل فيها كما أن العبد والأمة لما كانا ناقصين بالرق لم يكن لهما مدخل في ولاية النكاح ولأن المرأة لما لم يكن لها ولاية على نفسها فبأن لا يكون لها ولاية على أمتها اولى.

---

(١) سنن ابن ماجة كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي ٦٠٥/١ حديث ١٨٨٢ بلفظ: (لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها). والسنن الكبرى للبيهقي كتاب النكاح- باب لا نكاح إلا بولي ١١٠/٧، بلفظ ابن ماجة وبلفظ: (لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها).

ووجه من قال: لها ولاية أنها تملك الولاية عليها وكل من ملك الولاية على مملوكه أن يعقد عليه عقد النكاح. دليله السيد مع أمته ويفارق هذا ولايتها على بضع نفسها لأن للولي ولاية عليها وهو الكفاءة وليس على المرأة ولاية في أمتها بحال ولهذا ملكت العقد عليها.

اشتراك من يحرم الجمع بينهما في نصف الصداق إذا عقد عليهما الواحد بعقدين واشتبه عين السابق منهما ففسخ النكاح:

٢٥ - مسألة: إذا تزوج أختين في عقدين واشتبه عين السابقة منهما وفسخ النكاح فيهما هل يستحقان نصف الصداق؟

فقال أحمد في رواية مهنا: يفرق بينهما، وقد قيل: يكون نصف المهر لهما جميعا وما أخلقه أن يكون كذلك ولكن لم أسمع فيه شيئاً.

قال أبو بكر: يتوجه على قوله أن يحكم بنصف المهر يقترعان عليه فمن وقعت القرعة عليها حكم لها به مع يمينها ولأنا قد حكمنا بصحة النكاح في أحداهما وأشكل عينها فيجب أن يميز بالقرعة ويتوجه أن يسقط المهر لأنه مكره على الطلاق فكان الفسخ جاء من جهتهما فلم يستحقا شيئاً.

الجمع بين الأختين بملك اليمين:

٢٦ - مسألة: في الجمع بين الأختين بملك اليمين.

فنقل جماعة منهم أبو داود وابن بدينا وأبو طالب: المنع وأنه لا يطأ الثانية حتى يحرم الأولى على نفسه.

ونقل ابن منصور عنه أنه قيل له الجمع بين الأختين المملوكتين. تقول إنه حرام، قال: لا أقول حرام ولكن ينهى عنه. فظاهر هذا أنه ليس بحرام.

وجه الأولى: وهي الصحيحة أنها قد صارت فراشاً له فوجب أن تحرم عليه أختها ما دامت الأولى فراشاً، دليله إذا تزوجها.

ووجه الثانية - أن الجمع المحرم جمعان، جمع من حيث العدد وهو جمع بين

خمس نسوة وجمع بين الأختين والمرأة وعمتها وخالتها فلما كان الجمع من طريق العدد يختص بالنكاح كذلك الجمع الآخر.

الجمع بين بنتي العم في النكاح والوطء بملك اليمين:

٢٧- مسألة:[١] هل يكره الجمع بين بنتي عم في عقد النكاح والوطء بملك اليمين؟

فنقل ابن منصور أنه سأل أحمد: هل يكره الجمع بين بنتي عم؟ فقال: لا. ونقل حرب عنه: قلت لأحمد يكره الجمع بين بنتي عم أو بنتي خال. قال: نعم للقطيعة.

وجه الرواية الأولى في نفي الكراهية نهى النبي - ﷺ - أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها[٢]، وقوله تعالى: (وأن تجمعوا بين الأختين[٣])، فلما خص النبي بالأختين والعمة والخالة دل على أن ما عدا ذلك غير منهي عنه ولا ممنوع عنه.

ووجه الثانية: أنه إنما حرم الجمع بين الأختين لما يؤول إلى قطع الرحم من التباغض والتحاسد وهذا المعنى موجود هاهنا.

تحريم الربيبة إذا ماتت أمها قبل الدخول بها:

٢٨- مسألة: إذا ماتت زوجته قبل الدخول بها هل تحرم عليه بنتها؟ فنقل أحمد بن أصرم والمزني: أنها لا تحل له.

---

(١) سقطت هذه المسألة كاملة من (ب).

(٢) صحيح البخاري- كتاب النكاح- باب لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ٣/٢٤٥. وصحيح مسلم- كتاب النكاح- باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ٢/١٠٢٨ حديث ١٤٠٨. وسنن أبي داود- كتاب النكاح- باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ٢/٥٥٣ حديث ٢٠٦٥. وسنن النسائي كتاب النكاح باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ٦/٩٦. والسنن الكبرى للبيهقي كتاب النكاح باب ما جاء في الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها ٧/١٦٥. وسنن الترمذي- أبواب النكاح باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ٢/٢٩٧ حديث ١١٣٤.

(٣) سورة النساء الآية الثالثة والعشرون.

ونقل ابن منصور لفظين، أحدهما مثل هذا والثاني أنها حلال وهو أشبه، ولا تختلف الرواية أنها إذا طلقها قبل الدخول حلت له.

وجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر ان الموت أقيم مقام الدخول في وجوب العدة وكمال الصداق فوجب أن يقوم مقامه في تحريم الربيبة.

ووجه الثانية: وهي أشبه أنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة- دليله فرقة الطلاق.

تحريم المصاهرة بالاستمتاع بما دون الفرج:

٢٩- مسألة: في القبلة والملامسة فيما دون الفرج هل ينعقد بها تحريم المصاهرة؟ فنقل إسماعيل بن سعيد وابن منصور والمروذي:لا ينشر الحرمة إلا الوطء.ونقل الحسن بن ثواب وعبدالله والمروذي:أنها تنشر الحرمة.

وجه الاولى: أنه استمتاع بمباشرة فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج.

ووجه الثانية: انها مباشرة لا يجب بها الغسل أولا يجب بها الحد فلم يتعلق بها التحريم قياساً عليه إذا كان بغير شهوة.

والأول أشبه بالمذهب فإن نظر إلى فرج امرأة لشهوة، فهل ينشر الحرمة؟ على روايتين، كالقبلة والمباشرة والمنصوص عنه في رواية مهنا انه ينشر الحرمة.

وقال في رواية إسماعيل بن سعيد:إذا لمس امرأته وبنتها لشهوة فلا اجترىء على التحريم حتى يكون الغشيان فظاهر هذا أن القبلة لا تحرم.

فإن قلنا: ينشر الحرمة فوجهه ما روي عن النبي- ﷺ- أنه قال: من كشف قناع امرأة حرمت عليه أمها وبنتها[1] ولأنه نوع من الاستمتاع فتعلق به التحريم قياساً على الوطء.فإذا قلنا:لا ينشر الحرمة فوجهه أنه نظر إلى بعض بدنها فلم تحرم عليه أمها وبنتها قياساً عليه إذا نظر إلى الوجه ولأن

(١) مصنف ابن أبي شيبة- كتاب النكاح- باب الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته، ما حال امرأته؟ ١٦٥/٤ بلفظ (من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولابنتها).

النظر الى الوجه فيه استمتاع والتذاذ لأنه يجمع المحاسن والنظر إلى الفرج ليس فيه استمتاع فلما لم يتعلق التحريم بالنظر إلى الوجه مع ما فيه من اللذة والمتعة فبأن لا يتعلق بالنظر إلى الفرج أولى.

إجبار الزوجة على الغسل من الجنابة:

٣٠- مسألة: هل يملك الزوج إجبار زوجته على الغسل من الجنابة؟

فنقل حنبل يأمر زوجته بالغسل من الجنابة فإذا هي أبت لم يتركها. فظاهر هذا أنه يملك إجبارها.

ونقل صالح في المشركة تحت مسلم يحثها على الغسل من الجنابة والحيض فإن لم تغتسل فلا شيء عليها: الشرك أعظم فظاهر هذا أنه لا يلزمها. ولا يختلف المذهب أنه يجبرها على الغسل من الحيض. وقوله: إن لم تغتسل فلا شيء عليها إنما يرجع إلى الغسل من الجنابة دون الحيض لأن ترك الغسل من الحيض يمنع الزوج من أصل الاستمتاع ويحرمه عليه والجنابة لا يمنع أصل الاستمتاع وإنما يمنع كماله فلهذا كانت على روايتين.

وعلى هذا القياس هل له إجبارها على التنظيف إذا كان عليها وسخ ودرن وطول اظفار وشعر؟ على روايتين:

فإن قلنا يملك اجبارها فوجهه أن بقاء الغسل عليها يمنعه من كمال الاستمتاع فإن النفس تعاف وطء من لا تغتسل من الجنابة فيفوته بذلك أخص حقه فكان له إجبارها عليه كما كان له ذلك في الحيض.

ووجه الثانية: ان بقاء غسل الجنابة عليها لا يحرم عليه وطأها فلم يكن له إجبارها ويفارق الحيض لان بقاءه يحرم.

نكاح العبد للأمة وتحته حرة:

٣١- مسألة: في العبد إذا كان تحته حرة، هل يجوز له أن ينكح أمة؟

فنقل ابن منصور: يجوز له ذلك وهو اختيار أبي بكر.

ونقل حرب:أنه لا يجوز له ذلك ولا تختلف الرواية في الحر إذا كان تحته حرة أنه لا يجوز له العقد على أمة.

وجه الأولى: أنها مساوية له فلم يكن من شرط جواز نكاحها عدم الحرية قياساً على الحرة.

ووجه الثانية: أن تحته حرة فلم يجز له التزويج بالأمة قياساً على الحر[1].

نكاح الحر لأكثر من أمة إذا خاف العنت ولم يجد طول حرة:

٣٢- مسألة: في الحر هل يجوز له أن يعقد على أكثر من أمة إذا كان يخاف العنت ولا يجد طولاً لحرة؟

فنقل حرب عنه:أذهب إلى حديث ابن عباس:لا يتزوج إلا واحدة[2].

ونقل أبو طالب عنه:إن خشي العنت تزوج أربعا وهو اختيار الخرقي.

وجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر أنه مقيم على نكاح فلم يجز له التزويج بالأمة كما لو كان تحته حره.

ووجه الثانية: أن كل جنس جاز التزويج بواحدة منه جاز له التزويج بأربع كالحرائر ولأنه له أن يتزوج بأمة فكان له التزويج بأكثر كالعبد.

الجمع بين الحرة والأمة بعقد واحد:

٣٣- مسألة: إذا عقد الحر على الحرة والأمة عقداً واحداً.

فنقل منصور:يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة.

ونقل محمد بن حبيب لفظين:أحدهما مثل هذا والثاني يبطل العقد فيهما جميعاً.

قال أبو بكر:ويتخرج وجه آخر إن كان يخاف العنت بنكاح الحرة منفردة ان يصح النكاحان جميعاً ذكره في كتاب العنت.

---

(١) سقط من (أ) قوله: ووجه الثانية إلى آخر المسألة.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة كتاب النكاح باب من رخص للحر أن يتزوج الأمة كم يجمع منهن؟ ١٤٧/٤.

ووجه الأولى: وهي الصحيحة أنه لو تأخر نكاح الحرة على نكاح الأمة جاز فإذا قارن نكاحها يجب أن يجوز كما لو كانت الأخرى حرة أجنبية وعكس هذا نكاح الأختين لو تأخر عن نكاح أختها وأوقعه في الثاني لم يصح ونكاح الحرة لو تأخر وأوقعه بعد نكاح الأمة صح.

ووجه الثانية: ان العقد اشتمل على محظور ومباح فغلب فيه حكم الحظر كما لو نكح أختين في عقد واحد، وكما لو اختلطت المذكاة بالميتة وذبيحة المسلم والمجوسي وأصل هذه المسألة قد تقدم في كتاب البيوع إذا جمعت الصفقة حراماً وحلالاً هل تفرق الصفقة؟ فيصح فيما يجوز العقد عليه ويبطل فيهما على روايتين كذلك هاهنا.

وأما قول أبي بكر: يتخرج وجه آخر إن كان يخاف العنت بنكاح الحرة صح نكاحهما جميعاً وهذا ينبني على أصل قد تقدم وهو الحر إذا تزوج بأمة وكان يخاف العنت ولا يجد طولاً لحرة هل يجوز له أن يعقد على أمة ثانية فقد حكينا روايتين: إحداهما لا يجوز وأولى أن لا يجوز له ذلك إذا كان تحته حرة.

والثانية: أنه يجوز له ذلك فإذا جاز له ذلك إذا كان له أمة فهل يجوز له ذلك إذا كان تحته حرة فقد ذكر أبو بكر أنه يتخرج الجواز لوجود العلة فيه وهو عدم الطول لحرة ثانية والخوف من العنت فهو كما لو كان تحته أمة. وخرج المنع لأنه إذا كان تحته حرة فهو واجد لطول حرة فلم يجز له العقد على أمة كما لو كان قادراً على طول حرة يبتدىء العقد عليها فإنه لا يجوز العقد على أمة فنقيس الاستدامة على الإبتداء.

انفساخ نكاح الأمة إذا تزوج عليها حرة:

٣٤- **مسألة**: في الحر إن تزوج حرة على أمة هل ينفسخ نكاح الأمة؟ نقل أبو بكر بن محمد وحرب وأبو طالب: لا ينفسخ ويقسم للحرة ليلتين والأمة ليلة. ونقل ابن منصور: قد ينفسخ ويكون طلاقاً للأمة واحتج بحديث ابن عباس[١].

---

(١) سيأتي في توجيه الرواية الثانية.

ويتخرج من هذا الأصل إذا عقد على الأمة وفيه الشرطان قائمان ثم أيسر بعد ذلك ووجد طولاً لحرة يبطل نكاح الأمة بوجود ذلك؟ يتخرج على روايتين. واختيار الخرقي ان النكاح صحيح.

وجه الأولى: وهي الصحيحة أنه استفراش بنكاح فلم ينفسخ بنكاح من هي تحته كما لو تزوج حرة على حرة وأيضاً فإن وجود المال أحد شرطي نكاح الأمة، فوجب أن يكون شرطاً في ابتداء العقد دون استدامته كخوف العنت، ولأن المال يراد للإتلاف والإنفاق دون الاستدامة والبقاء وما لا يراد للبقاء فإنه يكون شرطاً لابتداء العقد دون استدامته كالإحرام يشترط في صحة ابتداء النكاح دون استدامته.

ووجه الثانية: ما روى ابن عباس قال تزويج الحرة طلاق الأمة [1] وكل حكم وجب في الأصول لعلة زال بزوالها فلما كانت العلة في جواز نكاح الأمة عجزه عن نكاح الحرة وجب إذا زالت العلة أن يزول ذلك الحكم ويبطل نكاحها.

نكاح المسلم للأمة الكتابية:

٣٥- مسألة: هل يجوز للمسلم نكاح الأمة الكتابية؟

فنقل صالح وأبو طالب: لا يجوز وهو اختيار الخرقي وغيره وقال في رواية أبي القاسم: الكراهية في إماء أهل الكتاب ليست بالقوية إنما هو شيء تأوله الحسن ومجاهد وفيه شنعه.

قال أبو بكر: وقف [2] أحمد في مسألة ابن القاسم لا يرد قول من قطع وقد روى عنه هذه المسألة أكثر من عشرين نفساً أنه لا يجوز وعليه (العمل) ولعل ابن القاسم سأله قبل أن ينكشف له القول فيها.

وجه الأولى: وهي الصحيحة قوله تعالى: ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾ [3] ولأن

(١) مصنف ابن أبي شيبة كتاب النكاح إذا نكح الحرة على الأمة فرق بينه وبين الأمة ٤/١٤٩. ومصنف عبدالرزاق كتاب النكاح باب نكاح الأمة على الحرة ٧/٢٦٨ رقم ١٣١٠٢.

(٢) في (ب) توقف.

(٣) سورة النساء الآية الخامسة والعشرون (٢٥).

الأمة الكافرة قد تكون ملكاً لكافر فإذا تزوجها المسلم وأولدها ولداً فإنه يصير ولدها رقيقاً لكافر فلم يجز التزويج بها كالأمة الوثنية والمجوسية. ووجه الثانية: ان كل أمة حل وطؤها بملك اليمين حل بعقد النكاح كالمسلمة وكل امرأة [١] حل أكل ذبيحتها حل للمسلم نكاحها كالحرة.

توقف انفساخ نكاح الوثنيين إذا أسلم أحدهما أو ارتد بعد الدخول على انقضاء العدة:

٣٦- مسألة: إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين بعد الدخول هل ينفسخ العقد في الحال، أم يقف على انقضاء العدة فإن لم يسلم المتأخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح؟

فقال أبو بكر: روى عنه نحو من خمسين رجلاً أنه يقف على انقضاء العدة فإن لم يسلم المتأخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح. منهم أبو طالب وعبدالله وابن القاسم وإسحاق وإبراهيم وحنبل وهو اختيار الخرقي. قال أبو بكر: روى عنه أبو طالب والميموني وحنبل والشالنجي والمشكاتي: أن النكاح ينفسخ في الحال وهو اختيار استاذنا أبي بكر الخلال، واختار هو ذلك أيضاً. وكذلك إذا ارتد احد الزوجين بعد الدخول هل يتعجل الفراق أم يقف على انقضاء العدة؟ على روايتين:

نقل أبو طالب والميموني ينفسخ في الحال.

ونقل حنبل: يقف على انقضاء العدة: وهو اختيار الخرقي.

فإذا قلنا يقف: وهو الصحيح فوجهه أن النبي - ﷺ - رد هنداً إلى أبي سفيان وكان قد تأخر إسلامها [٣]. ولأنه لفظ لو كان قبل الدخول تعجلت

---

(١) في (ب) مشركة بدل إمرأة.

(٢) سقطت كلمة «يقف» من (ب).

(٣) مصنف عبدالرزاق- كتاب النكاح- باب متى أدرك الإسلام من نكاح أو طلاق ١٧١/٧ حديث ١٢٦٤٩ بلفظ: (وأسلم مخرمة بن نوفل وأبو سفيان بن حرب وحكيم بن حزام ثم قدموا على نسائهم مشركات فأسلمن فجلسوا على نكاحهم. وكانت امرأة مخرمة شفاء إبنة عوف أخت عبدالرحمن بن عوف، وامرأة حكيم زينب بنت العوام، وامرأة أبي سفيان هند ابنة عتبة بن ربيعة، والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب النكاح- باب من قال لا ينفسخ النكاح بإسلام أحدهما إذا كانت مدخولاً بها حتى تنقضي عدتها قبل إسلام المتخلف ١٨٦/٧.

الفرقة فإذا كان بعد الدخول تعلقت به الفرقة بعد انقضاء العدة قياساً على الطلاق ولا يلزم عليه الرضاع لأنه ليس بقول وإنما هو فعل أو نقول؛ لفظ تقع به الفرقة فاختلف باختلاف الدخول وغيره دليله ما ذكرناه.

ووجه الثانية: انه اختلاف دين فأوجب الفرقة دليله قبل الدخول ولأن ما يوجب فيه الفسخ لا يتغير فيه انقضاء العدة ولا يفرق فيه بين الدخول وبعده كالرضاع وشراء الزوجة ووطء أمها.

ما يلزم من الصداق إذا انفسخ النكاح بإسلام الزوج قبل الدخول:

٣٧- مسألة: إذا أسلم الزوج قبلها وقبل الدخول هل يلزمه نصف الصداق؟

فنقل مهنا وابن منصور: يلزمه نصف الصداق وهو اختيار الخرقي- رحمه الله- وأبي بكر.

ونقل حنبل: لا يلزمه شيء.

وجه الأولى: وهي الصحيحة أن الفرقة حصلت بسبب من قبل الزوج فأسقطت نصفه وبقي النصف كالطلاق.

ووجه الثانية: أنه إسلام من أحد الزوجين قبل الدخول فلا يستحق عليه شيئاً عن الصداق كما لو كانت هي المسلمة قبله.

نكاح الشغار:

٣٨- مسألة: إذا قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ومهر كل واحدة منهما مائة هل يبطل النكاح؟

فنقل الميموني والأثرم: إذا كان بينهما شرط أن يزوج كل واحد منهما صاحبه وكان فيه صداق فليس بشغار فظاهر هذا أن النكاح صحيح.

وقال الخرقي- رحمه الله-: وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته لم يجز: وإن سموا مع ذلك صداقاً. فظاهر هذا إبطال العقد.

وجه الأولى: ما روى ابن بطة بإسناده في سننه أن العباس بن عبدالله بن

العباس أنكح عبدالرحمن يعني ابن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وقد كانا جعلا صداقاً فكتب معاوية وهو خليفة إلى مروان بالتفريق بينهما وكان في كتابه:هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله- ﷺ- فقد حكم بإبطاله مع ذكر المهر،لأنه جعل البضع مهراً في نكاح فلم يصح العقد عليه. دليله لو قال وبضع كل واحدة منهما مهراً للأخرى وذلك بأنه إذا قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ومهرها مائة:فقد جعل المائة وبضع المرأة التي تزوج بها مهراً لابنته، لأن قوله: على أن تزوجني بنتك بمثابة قوله: زوجتك بنتي ببضع بنتك ومائة درهم، فيكون البضع والمائة جميعاً مهراً.

ووجه ما نقله الإمام أن أبا عبيد فسر الشغار فقال:هو أن يزوج الرجل أخته أو ابنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته ليس بينهما مهراً غير هذا. فقد فسر الشغار المنهي عنه ألا يكون بينهما ذكر المهر وقد قيل:الشغار مأخوذ من الخلو يقال:بدل شاغر يعني خالي وهذا العقد ما خلا من المهر ولأنه إذا ذكر المهر فلم يجعل البضع مهراً في النكاح وإنما جعل المال المذكور مهراً فيجب أن يبطل الشرط ويصح العقد.

نكاح المتعة:

٣٩- مسألة: في نكاح المتعة.

فنقل صالح وعبدالله وحنبل:نكاح المتعة حرام.

ونقل ابن منصور أنه سأله عن متعة النساء تقول أنها حرام قال: يتجنبها أحب إلي، فظاهر هذا أنها مكروهة وليست حراماً.

قال أبو بكر في كتاب الخلاف:فيها روايتان وجماعة من أصحابنا يجعلون المسألة رواية واحدة وأنها حرام.

فمن ذهب إلى ظاهر رواية ابن منصور فوجهه قوله تعالى:﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة[1]﴾.وروي عن ابن مسعود أنه كان يقرأ (فما

---

(١) سورة النساء (٢٤).

استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى فآتوهن أجورهن[1]) وهذا صفة المتعة.

وروي عن عمر أنه قال: متعتان كانتا على عهد رسول الله- ﷺ- أنا أنهى عنهما بل أعاقب عليهما: متعة النساء ومتعة الحج[2]. فأخبر أن المتعة كانت جائزة على عهد رسول الله- ﷺ- وإنما هو نهى عنها ونهيه لا يؤثر فيما كان مباحاً على عهد رسول الله- ﷺ- والدلالة على تحريمها وهو المذهب الصحيح ما روى محمد بن الحنفية قال سألت علي بن أبي طالب عن المتعة فقال: نادى رسول الله- ﷺ- يوم خيبر: ألا ان المتعة حرام[3].

وروى عمر بن الخطاب قال: أباح رسول الله- ﷺ- المتعة ثلاثة أيام ثم حرمها[4]. وروى الربيع بن سبره عن أبيه قال:كنا مع رسول الله ﷺ- بمكة فقال رسول الله- ﷺ-؛استمتعوا بالنساء وقال فخرجت أنا وابن عمر فلقيتنا امرأة وذكر قصة إلى أن قال فتمتعت بها وكان الشرط بيننا عشرين ليلة فأقمت معها ليلة فلما كان من الغد خرجت فرأيت رسول الله- ﷺ- بين الركن والمقام وهو يقول:إني كنت أذنت لكم في المتعة وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة، فمن كان عنده شيء منها فليخل سبيلها ولا يأخذ شيئاً مما أعطاها[5].

---

(١) لم أجد هذه القراءة عن ابن مسعود، وقد وجدتها عن ابن عباس وأبي بن كعب وابن جبير، السنن الكبرى للبيهقي- كتاب النكاح- باب نكاح المتعة ٢٠٦/٧. ومصنف عبدالرزاق- كتاب النكاح- باب نكاح المتعة ٤٩٨/٧ حديث ١٤٠٢٢ وأحكام القرآن للقرطبي ١٣٠/٥. والتفسير الكبير للفخر الرازي ٥١/١٠ الطريق الثاني في الاستدلال بالآية على نكاح المتعة.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب النكاح- باب نكاح المتعة ٢٠٦/٧.

(٣) صحيح مسلم- كتاب النكاح- باب نكاح المتعة- ١٠٢٧/٢ رقم ١٤٠٧ وسنن أبي داود- كتاب النكاح- باب نكاح المتعة ٥٥٨/٢ حديث ٢٠٧٢ عن الربيع بن سبرة عن أبيه. وسنن النسائي- كتاب النكاح- باب تحريم المتعة ١٢٦/٦. وسنن ابن ماجة- كتاب النكاح- باب النهي عن نكاح المتعة ٦٣٠/١ حديث ١٩٦١. وسنن الترمذي- أبواب النكاح- باب ما جاء في نكاح المتعة ٢٩٥/٢ حديث ١١٣٠. وسنن الدارمي- كتاب النكاح- باب النهي عن متعة النساء ١٤٠/٢.

(٤) سنن ابن ماجة- كتاب النكاح- باب النهي عن نكاح المتعة ٦٣١/١ حديث ١٩٦٣.

(٥) صحيح مسلم- كتاب النكاح- باب نكاح المتعة ١٠٢٣/٢ حديث ١٤٠٦. وسنن ابن ماجة- =

ولأن النكاح عقد يصح مطلقاً فلم يصح إلى مدة كالبيع ولأن النكاح الصحيح له أحكام تختص به كالطلاق، والظهار، واللعان، والتوارث، وعدة الوفاة، ولحوق النسب، ونكاح المتعة لا يتعلق به شيء من هذه الأحكام فلم يتعلق به الإباحة. وأما الآية فالجواب عنها أنها تقتضي أن النكاح يلزمه العوض بالاستمتاع ونحن نوجب العوض ولا يدل هذا على إباحة الوطء كما قال تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم[1]﴾. ولم يدل ذلك على جواز القتل. وأما قراءة ابن مسعود فلا تثبت ولو ثبتت فتحتمل أن يكون قوله: (إلى أجل مسمى) المراد به ما يؤجل من المهر دون العقد.

وأما حديث عمر فلم ينه عنها برأيه واختياره إنما كان علم من النبي - ﷺ - فحرم ذلك إذ لو كان فعله باختياره لم يقره الصحابة على ذلك.

فسخ النكاح بالبخر في أحد الزوجين:

٤٠ - مسألة: في البخر وهو روائح في الفم يوجد من أحد الزوجين هل ذلك عيب يوجب الرد؟

فقال أبو بكر: يرد به الجميع، وظاهر كلام الخرقي في أنه ليس بعيب لأنه لم يذكره في حد العيوب وكذلك ظاهر كلام أحمد - رحمه الله - وكذلك أبو حفص العكبري وذكر العيوب ولم يذكره من جملتها، وقال أبو بكر عبدالعزيز أيضاً: فإن الرجل يستطلق بوله فلها الفسخ. ولم أجد ذلك لأحد من أصحابنا.

فمن قال: هو عيب قال لأنه يقدح في الاستمتاع ولهذا المعنى كان عيباً في الأمة، والعبد، المشتراة لأنه لا يمكن السيد أن يتسايده[2].

= كتاب النكاح - باب النهي عن نكاح المتعة ٦٣١/١ حديث ١٩٦٢. وسنن النسائي - كتاب النكاح - باب تحريم المتعة ١٢٦/٦. وسنن الدارمي - كتاب النكاح - باب النهي عن متعة النساء ١٤٠/٢. والسنن الكبرى للبيهقي - كتاب النكاح - باب نكاح المتعة ٢٠٢/٧، ٢٠٣، ٢٠٤.

(١) سورة المائدة (٩٥).

(٢) هكذا في الأصل والمعنى غير واضح - ولعله يريد أنه لا يمكن للسيد أن يستوفي المنفعة على الوجه الأكمل.

ومن قال: ذلك يمنع الزوجة من الاستمتاع لأجل ما يحصل له من كثرة البول فالنفس تنفر من استمتاع من هذه صفته. ومن قال: ليس بعيب، قال: معظم الاستمتاع يحصل مع ذلك، فيجب ألا يجب به الفسخ.

استمرار نكاح العبدين إذا أعتقا معاً:

٤١ - **مسألة**: في الأمة إذا كانت تحت عبد وأعتقا معاً هل ينفسخ النكاح؟

فقال في رواية محمد بن حبيب: إذا زوج عبده أمته ثم أعتقهما، فهما على نكاحهما.

ونقل يعقوب بن بختان وإبراهيم بن هانيء: إذا زوج عبده من أمته ثم أعتقهما جميعاً فمكثت عنده لم يجز إلا أن يجددا النكاح.

وجه الأولى: وهي الصحيحة أن العتق لو وجد في أحدهما لم يفسخ النكاح، فإذا وجد فيهما لم يفسخ كالعيوب وعكسه الموت والرضاع.

ووجه الثانية: أن العتق معنى يزيل الملك عنها لا إلى مالك فجاز أن يثبت[1] به الفرقة كالموت ولأن لا يمتنع أن لا يحصل الفرقة بوجوده من أحدهما ويثبت بوجوده منهما كاللعان والإيلاء والبيع.

خيار الفسخ للأمة إذا أعتقت مع زوجها:

٤٢ - **مسألة**: فإذا قلنا: ان النكاح لم ينفسخ بعتقهما فهل لها الخيار؟

فنقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث: لها الخيار.

ونقل محمد بن حبيب: لا خيار لها وهو اختيار أبي بكر لأنه لم يحدث بالعتق نقص على الزوجة بل كملا جميعاً في حالة واحدة فيجب ألا تملك الفسخ كما لو كانا سفيهين فبلغا أو فاسقين فعدلا.

ووجه من قال: يملك الفسخ أنها كملت بالحرية تحت من لم تسبق له الحرية فملكت الفسخ فإذا وجد منها لم يمنعها من ثبوت الفسخ كالعيب ولأن ردتها

(١) في المخطوطة: «أن يعتق» بدل «يثبت».

تجري مجرى ردة أحدهما في باب تحريم الوطء وفسخ النكاح كذلك هاهنا والأولى أصح.

خيار الفسخ للأمة إذا أعتق بعضها وهي تحت عبد:

٤٣ - **مسألة**: فإن كان لنفسين، فأعتق أحدهما حصته وكان معسراً، وهي تحت عبد، فهل تملك خيار الفسخ؟

فقال الخرقي: لا تملك وهو الصحيح لأنه إنما ثبت لها الخيار لأنها صارت كاملة في نفسها كاملة في أحكامها، وهذا المعنى لا يوجد فيها إذا اعتق بعضها لأن أحكامها لم تكتمل بل هي في حكم الأمة القن في الشهادة والولاية ونحو ذلك مما لا يتبعض.

وقال أبو بكر في كتاب الخلاف تملك، ونقل ذلك عن أحمد في رواية محمد بن الحكم، لأنها أكمل منه بما يحصل فيها من الحرية ولهذا نقول: إنها ترث وتورث وتحجب على قدر ما فيها من الحرية فيجب أن تملك الفسخ كما لو أعتق جميعها.

قبول قول الزوج في نفي العنة:

٤٤ - **مسألة**: إذا ضرب للعنين الأجل ثم اختلفا في الإصابة والمرأة ثيب.
فقال شيخنا أبو عبدالله: فيها ثلاث روايات:

إحداها: يخلى معها ويقال له: أخرج ماءك على شيء فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فإن قلب فهو مني فيبطل قولها نقل ذلك مهنا عن أحمد رحمه الله.

والثانية: القول قول الزوج نقل ذلك منصور.
والثالثة: القول قول الزوجة نقلها ابن منصور أيضاً. وقال أبو بكر في كتاب التنبيه: يزوج من بيت المال امرأة لها دين فإن ذكرت أنه يقربها كذبنا الأولى وكانت الثانية بالخيار إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقته ويكون الصداق في بيت المال وإن كذبته فرق بينه وبين الأولى والثانية وكان صداقها عليه في ماله واحتج في هذا بما روى النجار بإسناد له أن امرأة جاءت إلى

سمرة بن جندب تزعم أن زوجها لا يصل إليها ، فسأل زوجها ، فأنكره ، فكتب في ذلك إلى معاوية ، فكتب إليه : انظر امرأة ذات ولد ، زوجه إياها ، وسق عنه المهر من بيت المال ، ثم أدخلها عليه وسلمها ، فإن زعمت أنه ليس يصل إليها فخل عنها . ففعل فدعا المرأة ، فقال : كيف رأيته؟ فقالت : والله ما عنده من شيء ، فقال : ما دنى ولا انتشر ، فقالت : دنا وانتشر ، ولكن جاءه شره ، يعني أنزل قبل أن يولج . فقال سمرة بن جندب : خل سبيلها .

ووجه من قال تخلى معه في بيت ويكلف بإخراج مائه على شيء ان هذا فعل يتوصل به إلى صحة دعواه لأن العنين في العادة يضعف عن إنزال الماء على هذا الوجه .

ووجه من قال :القول قولها:أن الزوج يدعي أنه قد وطيء والمرأة تقول:لم يطأ والأصل أن لا وطء فهو كما لو ادعت بالزوج عيباً وأنكر الزوج أو ادعى هو بها عيباً وأنكرت هي فإن القول قول من ينفي ذلك لأن الأصل أن لا عيب .

ووجه من قال :القول قول من ينفى ذلك وهي الصحيحة أن المرأة تدعي على الزوج العنة وتريد أن تفسخ النكاح وترفعه والزوج ينكر ذلك ويقول: لست بعنين ليبقي النكاح على حالته والأصل بقاء النكاح فكان القول قول الزوج لموافقته لذلك الأصل ولأن المرأة تدعي حدوث عيب بالزوج وهو ينفي ذلك والأصل عدم العيب .

قبول قول الخنثى في ميوله الجنسي:

٤٥ - مسألة : في الخنثى المشكل هل يرجع إليه فيما يخبر به من ميل طبيعته إلى الرجال أو النساء .

فقال الخرقي:يرجع إليه في ذلك ولو قال طبيعتي تميل إلى النساء وأشتهي الجماع حكم بأنه رجل .

وإن قال يميل طبعي إلى الرجال حكم بأنه امرأة ولا يرجع في ذلك إلى شهوته فإنه قد يكون في النساء من يترجل ويشتهي النساء وفي الرجال من يتخنث

ويشتهي الرجال فلا يرجع إلى شهوته واختياره ولكن يرجع إلى ميل طبيعته لأن الطبع يغلب الشهوة وينبيء عما بنيت عليه خلقته وجبلته. فإذا حكم بأنه رجل جعل حكمه حكم الرجال في جميع الأشياء، ويجوز له التزوج بالنساء وإن حكم أنه امرأة جعل حكمه حكم النساء في جميع الأشياء ويجوز للرجل التزوج به

وقال أبو بكر في كتاب المقنع: لا معنى لرده إلى علم نفسه فالقول في الخنثى ألا يحكم فيه بحكم الرجال ولا بحكم النساء بل كان أكثر أحواله في صلاته وتحجبه وسوءته أحكام النساء وفي ديته نصف دية ذكر ونصف دية أنثى وكذلك ميراثه ويمنع من التزوج وإن صلى مكشوف الرأس أعاد الصلاة وإذا مات بين الرجال والنساء يمم، وذكر في كلامه نصاً عن أحمد في رواية الميموني قال في الخنثى: لا يتزوج ولا يزوج حتى يتبين أمره ولا بد أن يبين عند بلوغه لأنه أمر مشكوك فيه فيجب ألا يباح له التزويج معاً خوفاً أن يكون رجلاً فينكح رجلاً أو امرأة فتنكح امرأة والفروج يحتاط لها ولا تباح بغلبة الظن وما فيه شك، والصحيح عندي ما قاله الخرقي.

أثر الشرط الفاسد في عقد النكاح:

٤٦ - **مسألة:** إذا اشترط في عقد النكاح شرطاً فاسداً هل يبطل العقد بذلك مثل أن يشترط عليها ألا ينفق عليها ولا يكسوها ولا يصدقها وتشترط هي عليه ألا تمكنه من الوطء ونحو ذلك.

فقال أبو بكر: فيها قولان: أحدهما أن النكاح باطل كما قلنا في نكاح الشغار ونكاح المحلل والمتعة إنما بطل العقد في ذلك لأجل الشرط كذلك هاهنا والثاني يبطل الشرط ويصح العقد وهو المنصوص عن أحمد في رواية مهنا إذا شرط عليها أن ترد عليه مهر المثل فلم يبطله الشرط كالعتق والطلاق والوصية. ولا يشبه هذا نكاح الشغار والمحلل والمتعة لأن نكاح الشغار لم يبطل لأجل الشرط الفاسد ولكن لأجل أن البضع حصل مشتركاً بين الزوج وغيره فالفساد حصل في نفس المعقود عليه. وأما نكاح المتعة فلم يبطل أيضاً لأجل الشرط ولكن لأن شرائط العقد معدومة وفيه من الولي والشهود والدوام على النكاح.

اشتراط فسخ النكاح إذا لم يتم تسليم المهر المؤجل عند حلول الأجل:

٤٧- مسألة: إذا تزوجها على مهر مؤجل وشرط في العقد إن جاء في المهر المؤجل عند الأجل وإلا فسخ النكاح فهل العقد والشرط صحيح أم باطل؟.

فيه روايات: إحداها: أن الشرط والعقد باطلان نقلها ابن منصور لأن هذا الشرط يقدح في المقصود وهو قطع الاستدامة في النكاح فهو كما لو تزوجها وشرط أن يطلقها أو يحلها للزوج الأول.

والثانية: أن الشرط والعقد صحيحان نقلها ابن منصور أيضاً أما صحة العقد فلأن اللفظ الذي يقتضي الدوام قد وجد، وإنما حصل الشرط في المهر فلم يؤثر ذلك في فساد العقد وأما المهر فإنما كان صحيحاً لأنه لما ملكت فسخ النكاح عند تعذر تسليم المهر جاز أن يشترط هذا المعنى في العقد ولا يؤثر فيه.

والثالثة: أن العقد صحيح والمهر فاسد نقلها الأثرم أما صحة العقد فلما ذكرنا وأما فساد المهر فلأن الشرط يأخذ قسطا من المهر لأن المرأة تنقص من مهرها لتعجل المهر فإذا أخذ قسطاً فذلك القدر مجهول فيؤدي إلى جهالة المهر فلهذا بطل.

تأخر القبول عن مجلس العقد.

٤٨- مسألة: هل يجوز أن يتأخر القبول عن مجلس العقد؟

فقال أحمد في رواية أبي طالب رحمه الله في رجل مشى إليه قوم فقالوا زوج فلاناً فقال:قد زوجته على ألف فرجعوا إلى الزوج فأخبروه فقال: قبلت يكون هذا نكاحا ويتوارثان.

قال أبو بكر في المقنع: مسألة أبي طالب تتوجه على قولين:

أحدهما: يجوز وهو ظاهر كلامه في رواية أبي طالب جواز التأخير.

والثانية: لا يجوز وهو الصحيح لأن معنى القبول ما كان يقابله الإيجاب وهذا المعنى إنما يكون عقيبة أو في المجلس لأن المجلس يجري مجرى القبول عقب الإيجاب، ولهذا قلت إن خيار المخيرة يقف على المجلس وكذلك قبض

رأس مال السلم وعرض الصرف ويجب أن يحمل كلامه في رواية أبي طالب على أنه أذن لهم في قبول النكاح عنه فقبلوه قبل التفرق ثم جاءوا فأعلموه بذلك فامضاه فلا يكون القبول قد تأخر عن العقد وإن حمل كلام أحمد - رحمه الله - على ظاهره فوجهه أن جملة العقد قد وجد وهو القبول والإيجاب لأن القبول إذا تعذر حال العقد قام الإيجاب مقامه بدليل ابن العم اذا قبل نكاح ابنة عمه الذي هو وليها فقال:تزوجت ابنة عمي فإن النكاح ينعقد ولو لم توجد لفظة القبول لأن ليس هناك موجب يجيزه لينعقد قبوله عليه وإنما يقف الإيجاب على القبول إذا وجد من جهة غيره كذلك هاهنا الغائب ينعقد قبوله في الحال فجرى مجرى المعدوم وجعل الإيجاب جملة العقد في النكاح ولكن نقف على إجازته لا على قبوله فإن أجازه جاز وقد اختلفت الرواية عنه في النكاح هل يقف على الإجازة أم لا؟ على روايتين فتتخرج هذه الرواية على إحدى الروايتين.

أثر فساد المهر في عقد النكاح:

٤٩- **مسألة**: هل يفسد النكاح بفساد المهر؟

فالمنصوص عنه أنه لا يفسد قال في رواية يعقوب بن بختان في الرجل يتزوج بالمال الحرام:قد يثبت التزويج وقال في رواية المروذي:إذا تزوجها على مال بعينه غير طيب أكرهه قيل له ترى استقبال النكاح فأعجبه.

قال أبو بكر إذا كان المهر مجهولاً فالعقد صحيح وإذا كان حراماً كالميتة والدم فالعقد باطل من أصله وقد أومأ إلى هذا أبو بكر الخلال وقد ذكر رواية المروذي ويعقوب بن بختان، وقال بعذ ذلك بما روى المروذي أقول: وقال شيخنا أبو عبدالله:العقد صحيح والمهر فاسد وهو المنصوص عن أحمد وما قاله في رواية المروذي على طريق الاستحباب.

فالوجه لمن قال: ان النكاح باطل بأنه عقد معارضة فيجب أن يبطل بفساد العوض كالبيع والإجارة ولأن نكاح الشغار فسد لفساد المهر.

والوجه في صحة العقد هو أن النكاح والمهر عقدان قد انفرد كل واحد

منهما عن صاحبه بدليل أنه قد يعقد النكاح مجرداً عن المهر فيصح ثم يفرض المهر بعده بعقد ثاني فإذا كان عقدين ففسد أحدهما لم يعترض الفساد على الآخر كما لو باعه شيئاً ورهنه شيئاً فاعترض الفساد على أحدهما فإنه لا يؤثر في فساد الآخر.

وأما نكاح الشغار لم يحصل الفساد لأجل المهر لكن لأجل التشريك في البضع.

جعل منفعة الزوج الحر مهراً:

٥٠- مسألة: في منافع الحر هل يصح أن تكون مهراً؟

فنقل أبو طالب: يصح أن يتزوجها على بناء الدار وخياطة الثوب وعمل شيء: ونقل مهنا إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر: كيف يكون هذا؟

قيل له: فإن كانت لها ضياع وأرضين لا تقدر أن تعمرها قال: هذا فظاهر هذا أنه لا يصح.

فالوجه في أنها تصح أن تكون مهراً وهي الصحيحة أن كل ما جاز أن يملك بعقد الإجارة صح أن يكون بعقد النكاح لمنفعة العبد وكل عقد صح أن يملك به منفعة العقد صح أن يملك به منفعة الحر كعقد الإجارة.

ووجه الثانية: أن منافع الحر ليس بمال ولا يجب به تسليم مال فلا يصح أن يكون مهراً دليله رقبة الحر ومنافع البضع وطلاق فلانة ولا يلزم عليه منافع العبد لأنه يجب بها تسليم مال وهو رقبة العبد ولأن المرأة تستحق على الزوج خدمته بدلالة أنه إذا لم يقم لها من يخدمها فإن عليه أن يتولى خدمتها فإذا كانت خدمته مستحقة لها لم يجز أن يأخذ عليها عوضاً ألا ترى أن خدمة الابن لما كانت مستحقة للأب لم يجز للابن أن يأخذ عليها عوضا من الأب ولا يلزم عليه إذا تزوج العبد بعقد النكاح بل هي مستحقة للمولى فجاز أن يجعل بدلاً عن بضعها.

جعل تعليم القرآن مهراً:

٥١- **مسألة**: تعليم القرآن هل يصح أن يكون مهراً؟

فقال في رواية ابن منصور وقد سئل عن التزويج على ما معه من القرآن فقال:أكرهه فظاهر هذا أنه لا يصح أن يكون مهراً.

ونقل بكر بن محمد عن أبيه عنه أنه سأل عن حديث النبي- ﷺ- أنه زوج على سورة من القرآن فقال:لا أعلم شيئاً يمنعه ولكنها مسألة لا يحتملها الناس.فظاهر هذا أنه أخذ الجواز من الحدىث ولكن توقف عن القول فيه ورعاً واختياراً.

قال أبو بكر في كتاب الخلاف:أحمد لا يرى التزويج على القرآن إذا كان لا يصح عنده أجراً وله فيه قولان واختيارى انه لا يجوز فقد أثبت المسألة على روايتين:

فمن قال:لا يجوز وهي الصحيحة قال: إن تعليمه إياها للقرآن لا يجوز أن يملك بعقد إجارة على أصلنا فلم يصح أن يملك بعقد نكاح كمنافع البضع.وفي المسألة حديث رواه أبو بكر أحمد بن سليمان النجاد بإسناده عن أبي عثمان قال: زوج رسول الله- ﷺ- رجلاً على سورة من القرآن ثم قال لا يكون لأحد بعدك مهراً(١)، وهذا نص لأنه خصه بذلك ومنع أن يكون مهراً لغيره.

---

(١) لم أجد في هذا الحديث كلمة:«لا يكون لأحد بعدك مهراً » وقد أخرجه من غيرها البخاري في الصحيح- كتاب النكاح- باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ٢٤٦/٣ بلفظ: «أملكناكها بما معك من القرآن »، وباب التزويج على القرآن وبغير صداق ٢٥٢/٣ بلفظ: « فقد أنكحتها بما معك من القرآن » وباب تزويج المعسر ٢٤١/٣ بلفظ:« فقد ملكتكها ... » ومسلم- في كتاب النكاح- باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ١٠٤٠/٢ حديث ١٤٢٥ باللفظ الثاني للبخاري وبلفظ:« فقد زوجتكها فعلمها من القرآن ».

والنسائي في السنن- كتاب النكاح- باب التزويج على سور من القرآن ١١٣/٦ بلفظ: «ملكتكها بما معك من القرآن ». والبيهقي في السنن الكبرى- كتاب النكاح- باب النكاح على تعليم القرآن ٢٤٢/٧ بالفاظ متقاربة. والترمذي في سننه- أبواب النكاح- باب ما جاء في مهر النساء ٢٩٠/٢ حديث ١١٢١- وأبو داود- في سننه- كتاب النكاح- باب التزويج على العمل يعمل ٥٨٦/٢ حديث ٢١١١- والدارمي في السنن- كتاب النكاح- باب ما يجوز أن يكون مهراً ١٤٢/٢.

ووجه الثانية: ما روى سهل بن سعد الساعدي أن امرأة أتت النبي -ﷺ- فقالت له وهبت نفسي لك يا رسول الله، فقال: مالي اليوم في النساء من حاجة، فقام رجل من القوم فقال زوجنيها يا رسول الله فقال: هل معك شيء؟ قال: لا، قال هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم لسورة أسماها، فقال: زوجتكها بما معك من القرآن[1]، وتقديره زوجتكها بتعليمها ما معك من القرآن لأن نفس القرآن لا يكون مهراً ولأن تعليم القرآن منفعة يجوز التطوع بها فجاز أن يكون مهراً كالخدمة.

جعل طلاق الزوجة مهر الأخرى:

٥٢- مسألة: فإن تزوجها على طلاق فلانة زوجة له أخرى فهل يصح الصداق؟

ذكر أبو بكر في كتاب المقنع روايتين: إحداهما: يصح أومأ إليه في رواية يعقوب بن بختان في رجل تزوج امرأة فجعل طلاق الأولى منهما مهراً للأخرى إلى سنة فجاء الوقت ولم يقض شيئاً رجع الأمر إليه قيل له: يجوز مثل هذه الشروط في النكاح؟ قال: نعم، فقد أحل التزويج بشرط أن يكون مهرها طلاق زوجة أخرى.

ووجهه أن لها فيه منفعة وهو أن يرجع حظ المطلقة من الزوج إليها. ونقل مهنا عنه وقد سأله: أرأيت إن قال لها أتزوجك على طلاق امرأتي يكون مهراً قال: لا يجوز ذلك لأنه لا منفعة لها فيه وقولهم يرجع حظها من الزوج إليها لا يصح لأن حقها لا يختلف بوجود الضرة وعدمها.

قال أبو بكر: فإن كان الطلاق متعلقاً بوقت فامتنعت منه يعني من قبوله عند محله احتمل وجهين:

أحدهما: لا مهر لها لأنها أسقطت حقها باختيارها.

الثاني: لها المهر الذي استحل به فرج الأولى لأن ذلك خرج عن يدها بخروج الوقت والحق لها ثابت.

---

(١) الحديث المتقدم في المسألة نفسها.

استحقاق الزوجة لنماء المهر قبل الدخول:

٥٣- مسألة: وهل تملك المرأة جميع الصداق بالعقد وتملك ما يحدث فيه من النماء أم يكون مراعاً بالدخول؟

فقال في رواية ابن منصور وقيل له:سئل سفيان عن رجل تزوج امرأة على خادم ثم تزوجها غلامه فولدت أولاداً فطلق امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها. قال أحمد: جيد.فظاهر هذا أنه يحكم لها بملك جميعه لأنه جعل لها نصف النماء.

وقال الخرقي:وإذا أصدقها غنماً فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الأولاد لها وترجع بنصف الأمهات فظاهر هذا أنه حكم لها بملك جميعه لأنه جعل لها جميع النماء، وهو الصحيح.

ووجهها أن الزوج يملك البضع بالنكاح فوجب أن تملك المرأة ما في مقابلته من المهر كالمتبايعين وتحريره أنه عوض في مقابلة معوض فوجب أن يملك في الوقت الذي يملك فيه المعوض كالثمن في البيع ولأن من أصلنا أن الأجرة تملك جميعها بعقد الإجارة يجب أيضاً ان يملك جميع المهر بعقد النكاح لأن كل واحد منهما عقد على المنفعة.

ووجه من ذهب إلى رواية ابن منصور أنها لو كانت قد ملكته لم يسقط بعد ثبوته. الا ترى أنه إذا دخل بها لا يسقط بوجه لثبوته وقبل الدخول لما سقط بردتها جميعه وباختيارها لنفسها إذا أعتقت تحت عبد ونصفه إذا طلقها قبل الدخول علم انها لم تملكه. ومن ذهب إلى الأول انفصل عن هذا بأنا وإن قلنا قد ملكته فهو ملك غير مستقر ومثل ذلك المبيع قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض، الملك قد حصل لكنه غير مستقر لأنه معرض لانتقاض العقد ورجوعه إلى البائع، ولم يدل هذا على أن الملك لم يحصل وأن النساء ليس بملك للمشتري كذلك هاهنا، وأما قول أحمد- رحمه الله-:يرجع عليه بنصف القيمة في الأم والولد، فظاهر هذا أنه لم يقر ملكها على نصف الأم ونصف الأولاد شائعاً وحكم لها بنصف القيمة على الزوج، وهذا محمول على أنها اختارت أخذ القيمة أو يحمل على أنه قصد بقوله يرجع بنصف قيمة الأم، والولد معناه

بنصف الأم ونصف الولد ولم يقصد القيمة لأن الولد على هذه الرواية حدث على ملكهما ومن كان بينهما أمة فولدت كان الولد ملكاً لهما كالأم ولا يجبر أحدهما على أخذ القيمة.

إذا كان المهر عبدين فبان أحدهما حراً:

٥٤- **مسألة:** إذا تزوجها على عبدين فخرج أحدهما حراً فهل ترجع بقيمة الحر وتأخذ العبد الآخر أم ترجع بقيمتهما؟

على روايتين نقلهما مهنى وأصلهما تفريق الصفقة هل يجوز أم لا؟

فإن قلنا: لا يجوز ترجع بقيمتهما. وإن قلنا: يتفرق ترجع بقيمة الحر دون العبد. وقد ذكرنا وجه كل رواية في كتاب البيوع.

صفة متعة المطلقة وقدر الواجب فيها:

٥٥- **مسألة:** في صفة المتعة للمطلقة وقدر الواجب فيها.

فقال الخرقي: كسوة يجوز لها أن تصلي فيها ومعناه ثوبان: درع وخمار سواء وافق نصف مهر مثلها أو دونها أو زاد عليه.

ونقل الميموني عنه: كم المتاع فقال: على قدر الجدة وعلى من قال: تمتع بمثل نصف صداق المثل لأنه لو كان فرض صداقاً كان لها نصف الصداق، فظاهر هذا أنها غير مقدرة وأنها معتبرة بيسارة وإعساره وقد حكى قول- غيره إن قدرها نصف مهر المثل لا زيادة عليه ولم ينكره. فظاهر هذا انه مذهب له فيكون أقله عند الاختلاف ما يصادف نصف مهر المثل.

وقال في رواية أبي داود وقد سئل عن المتعة فقال: على قدر يساره قيل عشرة آلاف درهم قال: هو على قدر ما يرى الحاكم فظاهر هذا أنها غير مقدرة وان تقديرها يقف على اجتهاد الحاكم ورأيه في ذلك.

فمن ذهب إلى ظاهر رواية الميموني وانها تكون في مقابلة نصف الصداق فوجهه أن المتعة أقيمت مقام الصداق لأن لا يعر العقد عن عوض لو كان الطلاق قبل الدخول وقد سمى لها صداقاً كان لها نصفه كذلك ما قام مقامه

ومن ذهب إلى ظاهر رواية الميموني وانها إلى رأي الحاكم واجتهاده. فوجهه أن المتعة قد ورد الشرع بوجوبها بقوله تعالى: ﴿ومتعوهن[1]﴾ ولم يرد بمقدارها وبيانها ولا يتوصل إلى تقديرها من غير اجتهاد الحاكم فيجب أن يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم كسائر الأشياء المجتهد فيها إذا لم يكن لها تقدير في الشرع.

ومن ذهب إلى أنها مقدرة بكسوة تجوز الصلاة فيها وهو الصحيح فوجهه قوله تعالى: ﴿متاعا بالمعروف[2]﴾ والمتاع اختص بالأثواب منه بالدراهم، ولأن له أصلاً في الواجب على الزوج وهو الكسوة في حال النكاح وله أصل في الشرع أيضاً وهو في الكفارة.وليس الدراهم أصلاً في للشرع وإنما تقدرت بما يجوز الصلاة فيه لأن إطلاق الكسوة تتصرف إلى ذلك فالكسوة في الكفارة ولأنه عوض وجب لأجل خروج البضع عن ملكه فلم يفتقر فيه إلى اجتهاد الحاكم كالمهر ولا يختلف المذهب أنه لا يجزي فيه ما يقع عليه الاسم وإن قل لقوله تعالى:﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾[3]. فلو كان ما يقع عليه الاسم لم يختلف ذلك باختلاف اليسار والإعسار ولأن المتعة تثبت شرعاً فجاز أن تكون مقدرة كسائر الشرعيات ويفارق الصداق لأنه ثبت بتراضيهما فكان ما تراضيا عليه وإن قل.

ما يجب من الصداق إذا مات أحد الزوجين قبل الاصابة والفرض:

٥٦- **مسألة**: إذا مات أحد الزوجين قبل الإصابة وقبل الفرض ففيه روايتان:

إحداهما: لها مهر مثلها نقل ذلك الجماعة:صالح والميموني وابن منصور ونقل إبراهيم:إذا تزوج ولم يسم صداقا ومات قبل أن يدخل بها فلها نصف مهر مثلها.

ووجه هذه الرواية: أنها فرقة قبل الدخول فلا تستحق بها جميع مهر المثل دليله الفرقة بالطلاق.

(١) سورة البقرة (٢٣٦).
(٢) سورة البقرة (٢٣٦).
(٣) سورة البقرة (٢٣٦).

ووجه الرواية الثانية: وانه يجب مهر المثل ما روى عبدالله بن عتبة عن عبدالله بن مسعود أنه أتى في رجل تزوج امرأة فمات عنها، ولم يفرض لها فقال: لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط فقام أناس من أشجع منهم أبو الجراح وأبو سنان فقالوا: نشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق كما قضيت ففرح بذلك وقال: الحمد لله الذي وافق قضائي قضاء رسول الله ﷺ[1]، ولأن الموت يستقر به المسمى فجاز أن يستقر مهر المثل كالدخول وكل مهر كمل بالدخول كمل بالموت كالمسمى.

النساء اللاتي يعتبر بهن مهر المثل:

٥٧- مسألة: في مهر المثل هل يعتبر بنساء عصباتها دون نساء أرحامها أم يعتبر بجميع نساء أهلها؟

فنقل إسحاق بن إبراهيم: لها مهر نسائها مثل أمها وأختها وعمتها وبنت عمتها. فظاهر هذا أنه يعتبر بنساء العصبات والأرحام جميعا فنساء العصبات مثل أخواتها وبنات الإخوة وعماتها وبنات الأعمام وبنات أعمام الأب، ونساء الأرحام الأمهات وأخواتهن وهن الخالات وبناتهن وخالات الأم والأخوات من الأم.

ونقل أبو الحارث: ينظر في ذلك إلى عصبتها إلا أن تكون امرأة جليلة فينظر حينئذ إلى مثلها في الجلالة والجمال.

---

(١) سنن أبي داود- كتاب النكاح- باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات ٥٨٨/٢ حديث ٢١١٤. وسنن ابن ماجة- كتاب النكاح- باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت الرجل على ذلك ٦٠٩/١ حديث ١٨٩١. وسنن الترمذي- أبواب النكاح- باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ٣٠٦/٢ حديث ١١٥٤. وسنن النسائي- كتاب النكاح- باب إباحة التزوج بغير صداق ١٢١/٦. وسنن الدرامي- كتاب النكاح- باب الرجل يتزوج المرأة فيموت قبل أن يفرض لها ١٥٥/٢. والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب النكاح- باب أحد الزوجين يموت ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها ٢٤٥/٧. ومصنف عبدالرزاق- كتاب النكاح- باب الذي يتزوج فلا يدخل ولا يفرض حتى يموت ٢٩٤/٦ حديث ١٠٨٩٨. ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب النكاح- باب في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها ولم يفرض لها. ٣٠٠/٤.

وكذلك نقل حنبل: لها صداق نسائها قيل له من نساؤها قال: الذين هم من قبل أبيها فظاهر هذا أنه يعتبر بنساء العصبات دون أرحامها. ولا تختلف الرواية أنه تعتبر بنساء بلدها.

فمن ذهب إلى أنه يعتبر بجميع نساء أهلها وهو اختيار أبي بكر فوجهه ما تقدم من حديث ابن مسعود: لها مهر نسائها[١]، وهذا يدخل تحته نساء العصبات والأرحام جميعا ولأن النساء من جهة الرحم بينهن رحم فجاز أن نعتبر بهن في المهر قياساً على نساء العصبات.

ومن ذهب إلى أنه يعتبر بنساء العصبات وهو ظاهر كلام أحمد فوجهه ما روى من حديث ابن مسعود أنه قام معقل بن يسار وغيره فقالوا: نشهد أن رسول الله - ﷺ - قضى في بردع ابنة واشق بمثل مهر نساء قومها[٢]. وقومها رجال قومها وكأنه قال: نساء رجالها، ونساء رجالها عصبتها، لأن الاعتبار بالآباء لأن الهاشمي من العامية هاشمي وولد العامي من الهاشمية عامي، فإذا كان الاعتبار بالأباء ثبت أن الذي اعتبرها بنساء عصبتها أولى لأنها إذا لم يكن بد من اعتبارها بنساء من أهلها كان نساء عصباتها أولى لأنها بهن أشبه وإليهن أقرب والدلالة على أنها لا تعتبر بنساء بلدها قول ابن مسعود: لها مهر نسائها،[٣] وليس نساء بلدها من نسائها، ولأنه إذا لم يكن بد من اعتبار مهر مثلها بغيرها كان اعتباره بنسائها وأقربائها أولى لأنها بهن أشبه وإليهن أقرب.

اختلاف الزوجين في مقدار الصداق ولا بينة:

٥٨- مسألة: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بينة على مبلغه ففيه روايتان نقلها مهنا.

إحداهما: القول قول الزوج مع يمينه سواء كان يدعيه مهر المثل أو أقل أو أكثر.

(١) الحديث المتقدم في المسألة.
(٢) الحديث المتقدم في المسألة.
(٣) الحديث المتقدم في المسألة.

قال في رواية مهنا: إذا اختلفا في المهر ولا بينة على مبلغه يستحلف قيل: إن شاء يقول لها صداق مثلها قال:لعل صداق مثلها يكون أقل أو أكثر ولكن يستحلف فقد نص على أن القول قوله بكل حال لأنه غارم والقول في الأصول قول الغارم مع يمينه.

والرواية الثانية: إن كان مهر مثلها ما يدعيه الزوج أو أقل فالقول قوله مع يمينه وإن كان مهر مثلها ما ادعت هي او اكثر فالقول قولها وإن كان أقل مما ادعت هي أو أكثر مما ادعى الزوج رجع إلى مهر المثل.هذا ظاهر كلامه في رواية مهنا في اللفظ الآخر إذا قالت صداقي ألفين وقال الزوج:صداقها ألف ولم يكن بينة نظر إلى صداق نسائها، قيل له:فإن ناسا يقولون:القول قول الزوج ويحلف قال: لا، وهذه الرواية اختيار الخرقي وهي أصح لأن اختلافهما في التسمية يمنع ثبوت التسمية لأنا لا نصدق واحداً منهما على صاحبه وعقد النكاح إذا عرى عن التسمية وجب الرجوع إلى مهر المثل فأيهما ادعى مقدار مهر المثل فالظاهر معه فيجب أن يكون القول قوله لأنه مدعى عليه والآخر مدعي فإذا كان مهر مثلها أقل كما ادعت هي أو أكثر مما ادعى الزوج فليس مع أحدهما ظاهر نصير إليه فيجب الرجوع إلى مهر المثل لأن العقد إذا عرى عن التسمية وجب الرجوع فيه إلى مهر المثل.

الذي بيده عقدة النكاح:

٥٩- مسألة: في الذي بيده عقدة النكاح.

فنقل ابن منصور:إذا طلق امرأته وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفى أبوها عن نصف الصداق فلا أرى عفوه إلا جائزاً وظاهر هذا أن الذي بيده عقدة النكاح الولي لأنه قد أجاز عفوه عن نصف الصداق.

ونقل أبو طالب وأبو الحارث: أن عفو الولي لا يصح.

فعلى الرواية الأولى يكون تقدير الآية إلا أن يعفون النساء فيكون الكل للزوج أو يعفو الولي إذا كانت صغيرة فيكون للزوج. وعلى الرواية الثانية يكون تقدير الآية:إلا أن يعفون النساء فيكون الكل للزوج أو يعفو الزوج

عن نصفه فيكون الكل لها ثم قال: «وأن تعفوا أقرب للتقوى[1] ». تعني الأزواج بلا خلاف ففي الآية ذكر العفو في ثلاثة مواضع قوله:« إلا أن يعفون » النساء بلا خلاف، وقوله «وأن تعفوا أقرب للتقوى » «الأزواج بلا خلاف » وقوله «أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ». وهو موضع الخلاف.

ووجه من ذهب إلى أنه الولي قال ذكر الله العفو في الآية في ثلاثة مواضع فقال: «إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى » فمن قال:الذي بيده عقدة النكاح هو الولي حمل كل عفو على فائدة. وإذا قلنا: هو الزوج حمل عفوين على فائدة واحدة فكان حمل كل عفو على فائدة أولى.

ومن ذهب إلى أنه الزوج وهو الصحيح فوجهه من الآية من موضعين: أحدهما أن العقد ما انعقد عليه الشيء ولم ينحل عنه. ومنه يقال:فلان عقدة من العقد:إذا كان لا ينحل ويقال:حبل معقود وعهد معقود والزواج بهذه الصفة لأن الولي يملك العقد قبل عقده فإذا انعقد صار عقدة وخرج عن يده وصار بيد الزوج ولأن العفو إذا اطلق إنما ينصرف إلى من كان مالكاً له في الحقيقة والمالك للنصف هو الزوج والولي لا يملكه فكان حمل العفو على المالك أولى من حمله على غير المالك.

الرجوع على الزوجة بنصف المهر إذا وهبت له المهر فطلقها قبل الدخول:

٦٠- مسألة: إذا أصدقها صداقاً فوهبته له وطلقها قبل الدخول فهل يرجع بنصفه عليها أم لا؟ على روايتين:

فنقل مهنا وعبدالله يرجع عليها بنصفه.

ونقل ابن مشيش:لا يرجع عليها بشيء ولا فرق بين أن يكون ذلك بعد أن قبضه أو قبل.

فمن ذهب إلى أنه لا يرجع عليها بشيء فوجهه أنه قد تعجل الصداق قبل محله فلم يرجع عليها بشيء ولأنها لو كانت مفوضة فطلقها قبل الدخول لم

(١) سورة البقرة (٢٣٧).

يرجع عليها بشيء لأنها ما حصل لها شيء من الصداق فلم يرجع عليها بشيء ومن قال:يرجع عليها وهو اختيار أبي بكر وهو أصح فوجهه أن الصداق عاد إليه بعقد فوجب ألا يمنع من رجوعه بنصف الصداق إذا طلقها قبل الدخول كما لو وهبت الصداق لرجل ثم إن ذلك الرجل وهبه للزوج ثم طلقها فانه يعود عليها بنصف الصداق ولأنه عاد الصداق اليه بغير الوجه الذي يعود إليه حين الطلاق فإذا طلقها قبل الدخول عاد نصفه اليه كما لو اشتراه منها بأقل من قيمته ثم طلقها.

امتناع الزوجة من تسليم نفسها حتى تقبض المهر بعد أن سلمت نفسها:

٦١- مسألة: إذا أسلمت نفسها قبل أن تقبض صداقها ثم طالبت بعد ذلك هل لها أن تمتنع حتى تقبض الصداق؟

فقد توقف أحمد عن الجواب في ذلك في رواية أبي الحارث واختلف أصحابنا في ذلك.

فقال شيخنا أبو عبدالله:لها ان تمتنع حتى تقبض الصداق.

وقال أبو إسحاق بن شاقلا وأبو عبدالله بن بطة فيما حكاه عنه أبو حفص ابن المسلم عنهما:ليس لها أن تمتنع.

فمن قال:لها أن تمتنع فوجهه أنها لم تستوف بدل بضعها مع ثبوت المطالبة لها بذلك فلها أن تمنع نفسها كما لو لم يكن قد وطئها.

ومن قال:ليس لها فوجهه أنه تسليم استقر به البدل فمنع من الرجوع كما لو سلم المبيع قبل قبض الثمن يبين صحة هذا أن الوطء الأول في مقابلة المهر دون الثاني والثالث بدلالة أنه يستقر به المهر وإذا لم يكن المهر في مقابلة الثاني لم تملك الامتناع بعد ذلك.

أثر الخلوة مع إمكان الوطء في إيجاب الصداق إذا اتفق الزوجان على نفي الوطء:

٦٢- مسألة: إذا خلا بها وهما على صفة يمكن وطؤها فقال:لم أطأها

وصدقته هل لها جميع المهر؟

فنقل أبو الحارث: لها المهر.

ونقل يعقوب بن بختان: لها نصفه.

وجه الأولى: وهو اختيار الخرقي أن المهر بالتسليم ولهذا لا يصح العقد على من لا يصح منها تسليم نفسها وهي ذوات المحارم والتسليم قد وجد فلم يؤثر فيه إقرارها في إسقاط ذلك.

ووجه الثانية أن الخلوة توجب حقا لها وهو المهر وحقا عليها وهو العدة.

استقرار الصداق بالخلوة مع المانع الشرعي للوطء:

٦٣- **مسألة**: فإن خلا بها وهما على صفة لا يمكن معها الوطأ كالإحرام وصيام الفرض والحيض هل يستقر الصداق؟ على روايتين:

قال في رواية أبي داود: إذا دخل على أهله وهما صائمان في غير شهر رمضان فاغلق الباب وأرخى الستر وجب الصداق، قيل له: فشهر رمضان؟ قال: رمضان غير هذا. فظاهر هذا أنه لا يكمل الصداق.

ونقل أبو الحارث وابن منصور: إذا خلا بها وهي حائض أو كان صائما في رمضان أو محرما وجب الصداق.

ووجه الأولى: أن التسليم المستحق لم يوجد من جهتها فوجب الا يكون لها الصداق كما لو لم تسلم نفسها جملة.

ووجه الثانية: ما روى زرارة بن أبي أوفى قال: أجمع الراشدون أن من أغلق الباب أو أرخى ستراً وجب عليه المهر دخل بها أو لم يدخل ولم يفرق، ولأن الخلوة تكمل الصداق كالوطء ثم لا فرق بين أن يطأها محرمة أو حائضاً أو صائمة إكمال الصداق كذلك في باب الخلوة، ولأن أكثر ما في هذا أنها على صفة لا يمكن وطؤها وهذا لا يمنع كمال الصداق كالمريضة المدنفة والرتقاء وقد نص على أن لها الصداق بالخلوة كذلك هاهنا وهذه الرواية أشبه ولأن هذا المنع ليس من جهتها فيجب ألا يسقط حقها ألا ترى أن المرض لا يسقط النفقة

لأن المنع ليس من جهتها ولو نشزت سقطت نفقتها لأن المنع حصل من جهتها كذلك هاهنا.

جعل الصداق عبداً مطلقاً من عبدين معينين:

٦٤- مسألة: إذا تزوج المرأة وأمهرها عبداً من عبيده مطلقاً.

فنقل مهنا: إذا كان له عدة عبيد يعطيها من أوسطهم وأرى أن يقرع بينهم. فظاهر هذا أنه قد حكم بصحة المسمى أنها تستحق عبداً من عبيده بالقرعة. وقال أبو بكر في المقنع في النكاح كالبيع فلا يصح إلا على معلوم فيكون لها صداق المثل قال: وأحمل مسألة مهنا على وجه وهو أن يتزوجها على عبد من عبيده معلوم وأشكل عينه فتعطى من أوسطهم فإن تشاحا كان لها أحدهم بالقرعة. وظاهر كلام أحمد خلاف هذا فإن تزوجها على عبد مطلق ولم يكن له عبيد فعلى ما نقل مهنا المسمى صحيح ويكون لها أوسط العبيد السندي أو المنصوري لأن أوسطها السندي والمنصوري وعلى قول أبي بكر لها مهر المثل.

وجه ما نقله مهنا أن النكاح يتضمن إتلاف عضو فجاز أن يثبت الحيوان فيه في الذمة مجهول الصفة كقتل الخطأ ولا يلزم عليه السلم لأنه لا يتضمن إتلافاً وكل سبب استحق به العبد الموصوف جاز أن يستحق به العبد المطلق إذا لم يبطل بإطلاقه دليله النذر ولا يلزم عليه السلم في الحيوان لأنه يبطل بإطلاق التسمية فلهذا لم يصح ثبوته فيه مجهول الصفة.

ووجه قول أبي بكر أنه عقد معارضة فلم يصح أن يثبت الحيوان فيه في الذمة مجهول الصفة دليله السلم، ولأنه عوض مجهول فلم يصح أن يكون مهراً كما لو تزوجها على ثوب مطلق، ومن قال بالأول أجاب عن السلم بأنه لما بطل العقد بالإطلاق لهذا لم يصح أن يكون مجهول الصفة والنكاح لما لم يبطل باطلاق الصفة لهذا جاز أن يكون مجهول الصفة كدية الخطأ والنذر، وأما الثوب فإنما لم يصح أن يكون مطلقاً مهراً لأن أعلى الأجناس من الثياب غير معلوم وأدناها أيضاً غير معلوم فلم يكن الوسط معلوماً حتى ينصرف الإطلاق

إليه وليس كذلك العبيد لأن أعلى الأجناس منهم الرومي وأخس الأجناس منهم الزنجي، والوسط السندي فينصرف الإطلاق إليه لا شك أن جهالة الوسط منه ليس بأكثر من جهالة مهر المثل بل دونه فكان أولى.

متعة المطلقة بعد الدخول:

٦٥- مسألة: المطلقة بعد الدخول هل لها المتعة؟

فنقل الميموني ومهنا: إذا طلقت بعد الدخول فلا متعة لها.

ونقل حنبل:لكل مطلقة متاع مدخولاً بها وغير مدخول.

قال أبو بكر كل من روى عن أبي عبدالله لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر فإذا سمي مهراً فلها ما تراضوا عليه ولا متعة لها إلا ما روى حنبل فمن قال:لها المتعة فوجهه أن المهر الذي استقر لها بالدخول في مقابلة الدخول بدليل أنه لو لم يكن هناك عقد ووطئها بشبهة وجب المهر وقد لحقها ابتذال في العقد فوجب أن يكون لها المتعة في مقابلة ذلك الابتذال.

ومن قال:لا متعة لها وهو الصحيح قال لأنها تستحق المهر فلا تستحق المتعة كالمتوفى عنها زوجها وكل من لا يسقط حقها من المهر بالطلاق لا تستحق المتعة كالمسمى لها مهرها إذا طلقها قبل الدخول.

نكاح المرأة على طلاق أخرى:

٦٦- مسألة: إذا تزوجها على طلاق فلانة امرأة من نسائه هل يكون صداقاً صحيحا؟

فقال في رواية يعقوب بن بختان في الرجل يتزوج امرأة ويجعل طلاق الأولى منها مهراً للأخرى إلى سنة او إلى وقت فجاء الوقت ولم يقض شيئاً قال يرجع الأمر اليه له شرطه، قيل له:فيجوز مثل هذا الشرط في النكاح قال:نعم فظاهر هذا أنه حكم بصحة الصداق.

قال أبو بكر:ويتخرج الا يكون ذلك صداقاً وهو كما قال لأنه قد نص في رواية مهنا على أن منافع الحر لا يكون صداقاً فأولى ألا يكون الطلاق صداقاً. فوجه من قال:يكون صداقاً قال لأن لها في طلاقها منفعة لأنها تحصل

به حظ تلك إلى نفسها وما كان لها به منفعة جاز أن يكون صداقاً كالمال ومنافع الخدمة.

ومن قال:لا يكون صداقاً فوجهه (ما روى أبو عبدالله بن بطة في سننه بإسناده عن عبدالله بن عمر عن النبي ﷺ قال: (لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق[1] أخرى[2])) ولأن الطلاق ليس بمال ولا يقصد به المال في العادة فلا يكون صداقاً كرقبة الحر ومنافع البضع ويفارق المنافع لأنه يقصد بهم المال في العادة. فجاز أن يكون صداقاً، فإذا قلنا: لا يكون صداقاً، لها مهر المثل، كما لو تزوجها على خمر أو خنزير.

وإذا قلنا:يصح أن يكون صداقاً فاذا جعل صداقها طلاق فلانة بيدها بعد سنة صح ذلك لأن أكثر ما فيه أنه صداق مؤجل لأنه جعل لها استيفاءة بعد سنة فهو كما لو تزوجها على مائة درهم بدفعها بعد سنة فإن لم تطلق في الوقت الذي شرط فيه فقد قال أحمد يسقط حقها من الطلاق لأنه تمليك للطلاق فاقتضى إيقاعه على الفور كما لو خيرها في طلاق نفسها فلم تختر في مجلسها بطل خيارها كذلك هاهنا فإذا بطل حقها من الطلاق فهل يسقط المهر؟

قال أبو بكر يتخرج على وجهين:

أحدهما: يسقط لأنها أسقطت حقها باختيارها لأن الذي ملكته إيقاع الطلاق فلما أخرته فات باختيارها فهو كما لو تزوجها على عبد (فاتلفته فإنه يسقط حقها منه كذلك هاهنا.

والثاني: لا يسقط مهرها لأنها أخرت الاستيفاء عن وقته فلا يسقط كما لو تزوجها على مهر مؤجل فأخرت قبضه عن الأجل فإنه لا يسقط حقها كذلك هاهنا فإذا لم يسقط فإلى أي شيء ترجع؟

قال أبو بكر: يحتمل أن ترجع إلى صداق التي ملكها طلاقها لأنها ملكت زوال بضعها عن ملكه فإذا تعذر يجب أن يرجع فيه إلى قيمة البضع الذي

---

(١) سقط الحديث من (ب).
(٢) مسند الإمام أحمد ٢/١٧٦ و١٧٧.

ملكت زواله كما لو تزوجها على عبد[1]) فبان حراً أو غصباً فإنه لما تعذر تسليمه رجعت إلى قيمته كذلك هاهنا.

متعة المطلقة قبل الدخول إذا كان المهر المسمى فاسداً:

٦٧- **مسألة**[2]: إذا تزوجها على مهر فاسد كالخمر والخنزير أو مجهول مثل أن يتزوجها على مهر مثلها أو على حكمها ثم طلقها قبل الدخول هل يجب لها المتعة أو نصف مهر المثل؟ على روايتين:

قال في رواية مهنى: إذا تزوجها على مهر مثلها فطلقها قبل الدخول بها فلها المتعة.

وقال الخرقي: إذا تزوجها على خمر وما أشبهه وهما كافران ثم أسلما فلها عليه مهر المثل أو نصفه حيث أوجب ذلك.

وجه الأولى: أنها تستحق مهر المثل قبل الطلاق فاستحقت المتعة بعد الطلاق كالتي لم يسم لها[3].

ووجه الثانية: أنه عقد لم يعر عن تسمية فلم يكن لها المتعة دليله إذا سمى لها تسمية صحيحة.

الزيادة في الصداق بعد العقد:

٦٨- **مسألة**:[4] الزيادة في الصداق هل تلحق بالعقد ويلزم؟ على روايتين:

نقل مهنى: إذا زوج عبدة من أمته ثم اعتقها جميعا فقالت الأمة: زدني في مهري حتى اختارك فالزيادة للأمة ولا تكون للسيد إنما هي بعد الدخول قيل له فإن طلق العبد قال: الزيادة للأمة أيضاً. وهذا يدل على أنها لم تلحق لأنها لو لحقت كانت للسيد كالصداق.

---

(١) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٢) سقطت هذه المسألة من (ب).

(٣) في المخطوطة: (عليها).

(٤) سقطت هذه المسألة من (ب).

ونقل مهنى أيضاً في موضع أخر في رجل تزوج امرأة على مهر فلما رآها زاد في مهرها ثم طلقها قبل الدخول:فلها نصف الصداق الأول والذي زادها وهذا يدل على أنها تلحق لأنه نصفها بالطلاق.

ووجه الأولى: أنه عقد معارضة فالزيادة فيه بعد لزومه لا تلحق به كالبيع لا يختلف المذهب فيه.

ووجه الثانية: أن ما بعد العقد يجري مجرى حال العقد ألا ترى أنه يصح تسمية الصداق بعد العقد في نكاح المفوضة ويلزم كلزومه حال العقد فلو طلقها قبل الدخول لاستحقت نصفه وبعد الدخول استحقت جميعه فيجب أن يجري مجراه في باب الزيادة.

تعليق مقدار الصداق على شرط:

٦٩- مسألة: إذا قال تزوجتك على صداق الف ان كان أبوك حياً وعلى ألفين إن كان ميتاً فهل الصداق باطل أم صحيح؟

فقال[١] مهنى:ان لها صداق نسائها.

ونقل منصور:إذا تزوجها على صداق ألف إن لم يكن له امرأة غيرها فإن كان له امرأة فصداقها ألفان فهو على ما اشترطوا عليه؟

قال أبو بكر في كتاب المقنع: المسألة على روايتين:

إحداهما: أن الصداق فاسد كما نقل مهنى لأنه صداق مجهول حال العقد لأنه لا يعلم حياته أم موته ولأنه تمليك معلق بشرط فهو كما لو قال:بعتك بألف إن كان أبوك حياً وبألفين إن كان أبوك ميتاً فإنه باطل كذلك هاهنا وعلى ما نقله ابن منصور الصداق صحيح لأن أحد الألفين معلومة وإنما الكلام في الألف الأخرى فإن صحت كانت كأنها زيادة في الصداق بعد لزومه والزيادة بالصداق تلحق بالعقد على أصلنا والأولى أصح.

قال أبو بكر:ومن أصحابنا من حمل مسألة ابن منصور على ظاهرها في

---

(١) في (ب): فنقل.

الجواز ومسألة مهنى على ظاهرها في المنع، ولم ينقل جوابه في إحداهما إلى الأخرى ولا فرق بينهما عندي لأن الفقه في إحدى المسألتين مثله في الأخرى فما جاز في إحداهما جاز في الأخرى وما امتنع في إحداهما امتنع في الأخرى.

تسمية الصداق للأمة إذا زوجها سيدها عبده:

٧٠- مسألة: إذا زوج عبده من أمته هل يثبت الصداق في ذمة العبد؟

نقل المروذي والفضل بن زياد وصالح وأبو طالب: إذا زوج عبده من أمته يعجبني أن يكون صداقاً بمهرها ويعقد ما شاء، فظاهر هذا أنه مستحب ذكر الصداق لئلا يحصل نكاحها على صفة الموهوبة بغير صداق ولا يجب ذلك لأنه لو وجب لكان للسيد والسيد لا يجب له حق مبتدأ على عبده لأن عبده ملكه.

ونقل سندي: إذا زوج عبده من أمته فأحب إلى أن يذكروا مهراً فإن طلقها فالصداق عليه إذا اعتق. فظاهر هذا أنه أوجب الصداق بالعقد وجعله في ذمة العبد يتبع بعد العتق.

قال أبو بكر: قوله الصداق على العبد قول أول والعمل على ألا صداق لأنه حق للسيد.

ومن ذهب إلى هذه الرواية قال: أكثر ما فيه أنه يحصل للسيد على عبد حق وهذا غير ممتنع كالعبد المدين[1] إذا ابتاعه صاحب الدين فإن دينه يتحول في ذمته ولا يسقط بالشراء كذلك هاهنا.

ومن ذهب إلى الأولى أجاب عن هذا بأن هذا الدين لم يثبت ابتداء له على عبده وإنما يثبت له وهو على ملك غيره واستدامة ملكه عليه وهو في ملكه وهاهنا يؤدي إلى أن يثبت حقه مبتدأ على عبده وهذا لا يجوز.

أثر الوطء بشبهة أو عقد فاسد في إيجاب الصداق:

٧١- مسألة: إذا وطىء امرأة من ذوي رحمه أو امرأة محرمة عليه بالرضاعة أو المصاهرة بعقد فاسد أو شبهه عقد غير عالم بذلك، فهل يجب عليه مهر المثل؟

---

(١) في (ب): المدبر.

فنقل إسحاق بن هانىء في الرجل يتزوج المرأة ثم يطلع بعد انها ذات محرم فلها المهر[1] بما استحل من فرجها وإن لم يدخل بها يفرق بينهما ولا صداق لها.

ونقل حرب إذا تزوج ذات محرم وهو لا يعلم ثم علم فولدت منه لحق به الولد فأما المهر فاستوحش منه إذا كانت أمه او بنت من الرضاعة او غيره ولو كانت عمته أو خالته ونحو ذلك كان أهون.

ونقل بكر بن محمد عن أبيه إذا تزوج (أخته من الرضاعة ثم علم بعد أو أمه من الرضاعة ثم علم أو أخت امرأته أو أمها ثم علم فقال: أما أخته أو أمه أو بنته فلا صداق لها وأما[2] اخته من الرضاعة أو أخت امرأته أو بنتها أو أم امرأته فلها الصداق ولا ميراث.

فالمسألة على ثلاث روايات: إحداها: لها الصداق سواء كان تحريمها من جهة النسب أو السبب على ظاهر رواية إسحاق وهو اختيار أبي بكر وهو الصحيح لأن الوطء قد أتلف عليها منفعة البضع بغير اختيارها فيجب أن يلزمه قيمة ما أتلف عليها كما لو وطىء أمتها فإنه يلزمه مهر مثل الأمة كذلك إذا وطئها لوجود الإتلاف من جهته وكل امرأة لو وطىء أمتها لزمه المهر فإذا وطئها جاز أن يلزمه المهر كالأجنبية.

والثانية: إن كان تحريمها من جهة النسب فلا مهر لها وان كان من جهة السبب والمصاهرة فلها المهر على ظاهر كلامه في رواية حرب لأن المناسبة بعضها محرم تحريم الأصل فلا تستحق عليه العوض دليله إذا تلوط بغلام أو أكرهها على الوطء في الموضع المكروه ويفارق هذا المحرمة بالمصاهرة والسبب لأن ذلك التحريم طارىء فلا يمنع المهر كما لو وطىء أجنبية وهي حائض.

الرواية الثالثة: إن كانت امرأة يحرم عليه نكاح بنتها كالأم والبنت والأخت فلا مهر لها سواء كان تحريمها من جهة النسب أو السبب، وإن كانت امرأة لا تحرم بنتها مثل العمة والخالة وبنت العم[3] ونحو ذلك فلها الصداق

---

(١) سقطت كلمة: المهر من (أ).

(٢) سقط ما بين القوسين من (ب).

(٣) سقط من (أ) كلمة: «وبنت العم».

على ظاهر رواية بكر بن محمد لأن تحريمها أخف الا ترى أن بنتها مباحة له وليس كذلك من ذكرنا لأن تحريمها آكد ،بدليل أن بنتها محرمة عليه وكلما تأكد التحريم في البضع سقط المهر كاللواط والوطء في الموضع المكروه.

النثار والتقاطه:

٧٢- مسألة: في النثار هل التقاطه مكروه أم لا؟

فنقل بكر بن حمد عن أبيه عن أحمد أنه سأله عن النثار فرخص فيه واحتج بحديث عبدالله بن قرط من شاء التقط فقالت له: نهى النبي - ﷺ - عن النهبة[1] فقال إنما نهى لأنه لم يؤذن لهم:وهذا قد أذن فيه ونقل أبو داود والمروذي:لا يعجبني لأنه نهبه.

وجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر ما احتج به أحمد من حديث عبدالله ابن قرط أن النبي ﷺ قدم إليه ست بدنات أو سبع فجعلن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فلما وجبت قال: من شاء اقتطع[2].والنثار من هذا المنع فدل على جوازه.

ووجه الثانية: وهي اختيار الخرقي رحمه الله أن النثار يؤخذ نهبة ففيه سخف ودناءة ولأنه ربما كان في القوم من يحب صاحب النثار أن يأخذ أكثر فلا يتمكن من ذلك ويأخذه من لا يحب أخذه فيكون قد أخذ ماله من لا يحب أن يأخذه فكره ذلك.

---

(١) سنن أبي داود- كتاب الجهاد- باب النهي عن النهبى اذا كان في الطعام قلة في أرض العدو ١٥٠/٣ حديث ١٧٠٣، وسنن الترمذي- أبواب السير- باب ما جاء في كراهية النهبة ٧٩/٣- حديث١٦٥١ ،والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب قسم الفيء والغنيمة باب النهي عن المثلة ٣٢٤/٦ بلفظ (نهى رسول الله- ﷺ- عن النهبة والمثلة). ومجمع الزوائد للهيثمي- كتاب النكاح- باب إعلان النكاح واللهو والنثار ٢٩٠/٤. وكتاب الجهاد- باب النهي عن النهبة- بألفاظ مختلفة ٣٣٦/٥ و٣٣٧.

(٢) سنن أبي داود- كتاب المناسك- باب في الهدي إذا عطب قبل أن يبلغ ٣٦٩/٢ حديث ١٧٦٥ ، والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الحج- باب نحر الإبل قياماً غير معقولة ، أو معقولة يدها اليسرى ٢٣٧/٥.

اعتبار الخلع فسخاً أو طلاقاً:

٧٣- **مسألة**: اختلفت الرواية في الخلع هل هو فسخ أو طلاق؟
فنقل ابن منصور وغيره: الخلع فراق وليس بطلاق. ونقل عبدالله: إذا خالعها فتزوج بها تكون عنده على اثنتين فظاهر هذا أنه طلاق.

قال أبو بكر: في الخلع روايتان: إحداهما انه طلاق، وما أقل من رواه، والثاني فسخ وما أكثر من روي عنه.

وجه الأولى: أنها متعلقة بسبب من جهة الزوج تختص النكاح فوجب أن يكون طلاقاً دليله الطلاق.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة أن الخلع نوع فرقة ولا تختص بوقت دون وقت فوجب أن يكون فسخاً دليله البضاع. أو نقول: لا يثبت بها رجعة بحال، فوجب أن يكون فسخاً كما لو أعتقت تحت عبد فاختارت نفسها، ولا يلزم على هذا الطلاق لأنه يختص بزمان الطهر ويثبت فيه رجعة بحال لأن الفرقة في النكاح فرقتان: طلاق وفسخ ثم يثبت أن الطلاق يتنوع نوعين بعوض وبغير عوض (فوجب أن يتنوع الفسخ، بعوض وبغير عوض[1]). وعلى الرواية الأولى لا يقع الفسخ بعوض بحال.

سقوط الصفة المعلق عليها الطلاق بوجودها حال البينونة بخلع أو طلاق:

٧٤- **مسألة**: إذا علق الطلاق بصفة ثم أبان زوجته بخلع أو غيره ووجدت الصفة في حال البينونة ثم عقد عليها بعد ذلك عقد النكاح هل تعود الصفة أم قد سقطت؟ فنقل حرب فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً إن دخلت هذه الدار فطلقها طلقة: وبانت منه ثم دخلت الدار ورجعت إليه رجعت اليمين لأنها دخلت وليست امرأته فقد نص في الطلاق أن الصفة تعود واختلفت الرواية عنه في العتق إذا علقه بصفة فباعه ووجدت الصفة في ملك غيره ثم ملكه هل تعود الصفة؟

---

(١) سقط ما بين القوسين من (ب).

فنقل جعفر بن محمد في رجل قال لعبده: أنت حر إن دخلت هذه الدار فباعه ثم رجع إليه فقال: إن رجع إليه وقد دخل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخل فلا يدخل العبد إذا رجع العبد إليه فإن دخل عتق. فظاهر هذا أنه أسقط الصفة بوجودها في غير ملكه ولم يحكم بعودها بعد عود الملك.

ونقل الحسن بن ثواب في رجل قال: إن دخل عبدي الدار فهو حر فباعه قبل أن يدخل ثم دخل الدار بعد ما باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار حنث. فقد نص على أن الصفة تعود بعود الملك.

واختلف أصحابنا فكان أبو الحسن التميمي يذهب إلى أن الصفة تزول ولا تعود بعود النكاح بوجودها في غير ملكه ولعله كان يذهب في رواية جعفر ابن محمد في العتق وكان يفتي بذلك ويستعمل الخلع إذا أراد إسقاط اليمين.

وكان شيخنا أبو عبدالله وجماعة من أصحابنا يحكمون بعود الصفة ولا يرون الخلع حيلة في إسقاط اليمين وهو ظاهر كلام أحمد رحمه الله ومنصوص في رواية حرب ولا يختلفون أنه إذا لم توجد الصفة في حال البينونة ان اليمين تعود بعود الملك لان العقد والصفة وجدا في ملك فتعلق به حكم الطلاق كما لو وجد في زوجية واحدة ولأنه حكم متعلق بالطلاق فجاز أن يبني أحد النكاحين على الآخر فيه، دليله عدد الطلاق.

ومن ذهب من أصحابنا إلى أن اليمين تسقط بوجود الصفة حال البينونة فوجهه أن قوله: إن فعلت كذا وكذا فأنت طالق قول مطلق في كل حال وكل زمان فإذا وجدت المخالفة وجب أن يكون حنثاً وتنحل اليمين وتسقط كما لو فعله في النكاح الأول ولأن اليمين إذا وقعت على الزوجة على صفة من الصفات فإن الاعتبار بوجود الصفة وإن لم توجد على الصفة التي عقد اليمين عليها. ألا ترى أنه لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق وهي مكتسية، فدخلت الدار وهي عريانة حدث بوجود الفعل دون الصفة التي هي عليها كذلك هاهنا.

ووجه من قال: لا تسقط اليمين لوجود الصفة في حال البينونة أن قوله: أنت طالق إن دخلت الدار معناه وأنت زوجتي لأنه منعها من الدخول بيمين

الطلاق ولا غرض له في دخولها وهي أجنبية ولم يتعلق بدخولها في حال البينونة حكم ووجب أن تكون اليمين مقصورة على حال النكاح دون البينونة، ولأن الطلاق يقع بسببين بعقد اليمين ووجود الصفة ثم ثبت أن العقد يفتقر إلى وجود الملك كذلك الصفة لأنها أحد مقصودي الطلاق.وقد احتج ابو عبدالله بن بطة من أصحابنا في أن الحيلة بالخلع لا تسقط اليمين بأخبار منها ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله- ﷺ-:لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فاستحلوا محارم الله بأدنى الحيل[1]. وما روى عمرو بن شعيب قال:سمعت شعيباً يقول:سمعت عبدالله بن عمر يقول:سمعت رسول الله- ﷺ- يقول: أيما رجل ابتاع من رجل بيعاً فإن كل واحد منهما بالخيار حتى يفترقا من مكانهما ولا يحل لأحدهما أن يفارق صاحبه مخافة أن يستقيله[2].

وروى أبو موسى قال: قال رسول الله- ﷺ-:(ما بال أقوام يلعبون بحدود الله عز وجل ويستهزئون بآياته: خلعتك راجعتك، طلقتك راجعتك[3]). وهذا حديث جيد في المسألة لأنه يقتضي ذم من تلاعب بحدود الله عز وجل واستهزأ بآياته ثم وصف ذلك بالرجعة بعد الخلع والطلاق بهذه الصفة.

فالظاهر يقتضي أنه متى قصد إبطاله بالخلع والرجعة أنه متلاعب بحدود الله عز وجل ومستهزىء بها.وعن العمري عن أبيه قال: قال عمر: اليمين حنث أو مذمة فقسم اليمين قسمين:إما حنث في يمينه بوجود مخالفة الصفة أو مذمة على مقامة على اليمين بالصفة فتلحقه الندامة على ما يفوته من الفعل الذي منع نفسه باليمين.فمن قال:إن الخلع والرجعة تسقط اليمين خرج عن القسمين ولم يلحقه حنث لأنها تعود معه كما كانت ولا مذمة لأنه ايقاع للفعل الذي منع به نفسه.

---

(١) لم أجد هذا الحديث.

(٢) تقدم تخريج هذا الحديث في كتاب البيوع- خيار المجلس المسألة الثانية.

(٣) سنن ابن ماجة- كتاب الطلاق- باب حدثنا سويد بن سعيد ٦٥٠/١ حديث ٢٠١٧. والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الخلع والطلاق- باب كراهية الطلاق ٣٢٢/٧.

خلع الوكيل بأقل مما حدد له الموكل:

٧٥- **مسألة**: إذا وكل رجلاً أن يخالع زوجته بمال معلوم فخالعها بأقل من ذلك مثل أن قال: خالعها بألف فخالعها بمائة.

فقال شيخنا أبو عبدالله: الخلع باطل والطلاق غير واقع لأنه أوقع طلاقاً غير مأذون فيه كما لو قال له طلقها على عبد فطلقها على ثوب.

وقال أبو بكر في كتاب الخلاف: الطلاق واقع لأنه استهلك والزيادة على الوكيل والنقصان للآمر وذكر من قول أحمد في رواية أحمد بن القاسم: إذا أمره أن يخالع بمائة فخالع بخمسين الخلع جائز والخمسون للآمر ولو خالعها بخمسين وقد أمره بثلاثين كانت الزيادة عليه والأول أصح.

الخلع بغير عوض:

٧٦- **مسألة**: اختلفت الرواية هل يصح الخلع بغير عوض ويكون خلعاً يقع به البينونة؟ على روايتين:

نقل عبدالله: الخلع على غير شيء تفتدي به نفسها ويكون على فدى.

ونقل مهنا: إذا قال اخلعي نفسك فقالت: قد خلعت لم يكن خلعاً إلا على شيء إلا أن ينوي به الطلاق فيكون ما نوى.

وجه الأولى: أن الخلع نوع بينونة فيصح بغير عوض كالرضاع، ولأنه لو قال: خلعتك على ألف فقالت: خلعتني على غير شيء صح في مدخول بها لم يستوف عدد الطلاق فلم يقع بائناً دليله الطلقة الواحدة بلفظ الطلاق.

الطلاق قبل النكاح:

٧٧- **مسألة**: في الطلاق قبل النكاح هل ينعقد ويتعلق به حكم أم لا؟

نقل أبو طالب وأبو الحارث والمروذي: إذا قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوج لا طلاق قبل نكاح وقت أو لم يوقت. فظاهر هذا أنه لا حكم له قبل النكاح بحال من الأحوال.

ونقل ابن منصور عنه في رجل طلق امرأته تطليقة فقال:إذا راجعتك فأنت طالق ثلاثاً فإن كان أراد بهذا القول أن يغلظ عليها ولا تعود إليه فمتى راجعها في العدة أو بعد العدة طلقت،وإن كان اراد الرجعة فهي على ما أراد ولا يحنث بعد العدة.

وكذلك نقل إسحاق بن إبراهيم في رجل تحته امرأة فقال: أنت طالق إن فعلت كذا وكذا وأنت طالق إن تزوجت بك فإن كان قد حنث فلا يعجبني ان يتزوجها لأنه حلف وهي ملك يمين.

. ونقل عنه أيضاً:إذا كان له جارية فيقول:أنت حرة ثم يتبع هذا الكلام فيقول وأنت طالق إن تزوجت بك فلا يحل له أن يتزوجها إن كان الطلاق ثلاثاً وإن كان واحدة ثم تزوجها فلها نصف الصداق وقال:وليس هذا بمنزلة الرجل يطلق ما لا يملك هذا فرج قد وطئه والذي يطلق قبل الملك لم يطأها. فظاهر ما نقله ابن منصور وابن إبراهيم إنها إذا كانت في عدة منه من طلاق رجعي فقال لها:أنت طالق إن راجعتك أو كانت أمة قد دخل بها فأعتقها وعقب العتق بالطلاق فإن الصفة تنعقد.

وجه ما أطلقه في رواية أبي الحارث وأبي طالب والمروذي في أنه لا حكم له قول النبي - ﷺ -:(لا طلاق فيما لا يملك[1]) وهذا عام ولأنه عقد طلاقاً بغير صفة في غير ملك فلم ينعقد كما لو قال لأجنبية:أنت طالق إذا دخلت الدار فتزوج بها ودخلت الدار فإن الطلاق لا يقع كذلك إذا قال لها:إذا دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق، وكما لو قال لمن ليست في عدة منه:إن تزوجتك فأنت طالق فإنه لا يقع الطلاق إذا تزوجها، كذلك إذا كانت محبوسة عليه بحق الملك.

ووجه ما نقل ابن منصور وابن إبراهيم انه إذا قال لها في حال الرجعة:إن

---

(١) سنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب كراهية الطلاق ٢/٦٣١ حديث ٢١٧٨. وسنن ابن ماجة- كتاب الطلاق- باب حدثنا سويد بن سعيد ١/٦٥٠ حديث ٢٠١٨. ومصنف ابن أبي شيبة كتاب الطلاق باب من كره الطلاق من غير ريبة ٥/٢٥٣ والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الخلع والطلاق باب ما جاء في كراهية الطلاق ٧/٣٢٢.

راجعتك فأنت طالق ثم ارتجعها بعد العقد فقد عقد الصفة في حال يقع طلاقه المباشر فانعقدت صفته كما لو وجد العقد والصفة في حالة يملك العقد عليها بغير اختيارها فهو كما لو عقد الصفة وهي رجعية فإن الصفة تنعقد لأنها وجدت في حال يملك العقد عليها بغير اختيارها وهي الرجعة كذلك هاهنا، يملك العقد عليها في هذه الحال بغير اختيارها وهو أن يقول: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك فينعقد النكاح في هذه الحال على قولنا وإن كرهت، فإن كانت له زوجة فقال لها: إن تزوجت فلانة فهي طالق فنقل أبو الحارث: إذا قال: إن تزوجت عليك امرأة فهي طالق لم آمره أن يفارقها لا يكون طلاقاً قبل النكاح.

ونقل الحسن بن ثواب: إذا قال لامرأته إن تزوجت فلانة فهي طالق فإن تزوج يلزمه لأن اليمين لها فقوله: إن تزوج يلزمه يحتمل أن يريد به يلزمه الطلاق فتكون المسألة على روايتين.

إحداهما: لا تنعقد به الصفة على ما نقل أبو الحارث لأنه عقد الصفة في ملك هو كما لو قال: ان تزوجت امرأة فهي طالق.

والثانية: يلزمه الطلاق على ما قاله في رواية الحسن وفيها ضعف ويحتمل أن معنى قوله يلزمه على أنه تزوج الأولى بشرط أن لا يتزوج عليها فإذا تزوج بهذه الثانية لزمه الوفاء للأولى بالشرط وهو أن يطلق هذه الثانية أو تملك هي الفرقة إن اختارت لأن من أصلنا ان هذا شرط صحيح، فإن قال: إن ملكت فلاناً فهو حر فملكه هل يعتق؟

نقل الجماعة منهم أبو طالب والمروذي وأبو الحارث: يقع العتق بخلاف الطلاق. ونقل محمد بن الحسن بن هارون: لا يعتق.

قال شيخنا أبو عبدالله: المسألة على روايتين.

وقال أبو بكر الخلال وصاحبه: ما نقله محمد بن الحسن سهو في النقل.

فمن ذهب إلى أنه لا يعتق فوجهه أن العتق لفظ يزيل الملك فإذا وجد في غير ملك لم يثبت له حكم كالطلاق.

ومن قال: يعتق فوجهه أن العتق قد يسري في غير ملك، وهو إذا اعتق

شركاً له في عبد وهو موسر عتق عليه جميعه، وإن لم يكن له ملك فأولى أن تنعقد الصفة في غير ملك ولأن العتق قربة بدليل أنه لو قال إن اشتريت فلاناً فلله على أن أعتقه فإن العتق يلزمه بموجب النذر، ولو نذر طلاقاً فإنه يكفر عن يمينه ولا يطلق وقد قال النبي ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق[1]».

وإنما تنعقد الصفة في العتق قبل إذا كانت مضافة إلى الملك نحو قوله: إن ملكت فلاناً فهو حر وأما إن كانت مطلقة ثم ملكه لم يعتق نحو قوله: إذا دخل هذا العبد الدار فهو حر ثم دخل بعد أن ملكه لم يعتق.

وقد قال أحمد في رواية يعقوب بن بختان في رجل قال لجارية امرأته: أنت حرة في مالي ثم ماتت ليس بشيء.

وكذلك نقل ابن إبراهيم وقال أيضاً في رواية ابن منصور في رجل قال لعبد رجل أنت حر في مالي فبلغ ذلك سيد العبد فقال: قد رضيت وأبى الآخر ليس بشيء.

وقت وقوع الطلاق المعلق على الحيض:

٧٨- مسألة: إذا قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، فحاضت ثم انقطع دمها، فهل يقع الطلاق بانقطاع الدم أم بالغسل؟

قال أبو بكر: على قولين:

أحدهما: تطلق بانقطاع الدم وإن لم تغتسل، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية إبراهيم الحربي رحمه الله، فقال: إذا قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق، فإذا رأت النقاء آخر الدم طلقت.

والثاني: لا تطلق حتى تغتسل لأن حكم الحيض باق ألا ترى أن المعتدة لا تباح للأزواج بعد انقطاع الدم حتى تغتسل، كذلك هاهنا.

(١) سنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب في الطلاق قبل النكاح ٦٤٠/٢ حديث ٢١٩٠ بلفظ: (لا طلاق إلا فيا يملك). وسنن ابن ماجة- كتاب الطلاق باب لا طلاق قبل النكاح ٦٦٠/١ حديث ٢٠٤٧. وسنن الدارمي كتاب الطلاق- باب لا طلاق قبل النكاح ١٦١/٢- والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الخلع والطلاق باب الطلاق قبل النكاح ٣١٨/٧- ومصنف عبدالرزاق كتاب الطلاق باب الطلاق قبل النكاح ٤١٧/٦ حديث ١١٤٥٦.

والأول أصح، لأن قوله: حيضة عبارة عن أول الدم وآخره.

السراح والفراق من كنايات الطلاق الظاهرة:

٧٩- مسألة: لفظة السراح والفراق هل هي صريح أم كناية؟

فقال الخرقي: هي صريح.

وقال شيخنا أبو عبدالله: هي من كنايات الطلاق الظاهرة لأنه لفظ لا يشتمل على لفظ الطلاق، فلم يكن صريحاً كقوله: الحقي بأهلك ولأن الصريح ما لا يحتمل وقوله فارقتك يحتمل الفراق إلى السفر إلى أهلي ويحتمل الطلاق وليس أحدهما أولى من الآخر، فوقف ولم يكن صريحا.

ووجه قول الخرقي: أن الفراق والسراح قد يثبت لهما عرف الشرع بقوله: ﴿فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلا[١]﴾ وقال تعالى: ﴿فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان[٢]﴾ وقال تعالى ﴿فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف[٣]﴾ فإذا ثبت لها عرف الشرع وجب أن يكون صريحاً كلفظة الطلاق ولأن كناية الطلاق لا يقف على لفظه.

اعتبار النية في كنايات الطلاق:

٨٠- مسألة: إذا قال لزوجته: أنت خلية وبرية وبائن وحبلك على غاربك والحقي بأهلك وأنت حرة في حال الرضا ولم ينو به الطلاق فهل يقع به الطلاق أم لا؟

فنقل أبو الحارث إذا قال لها أنت خلية وبرية وبائن ولم (يرد) بينهم ذكر الطلاق ولا غضب وقال الزوج لم أرد الطلاق يصدق.

وكذلك نقل الأثرم إذا قال: الحقي بأهلك وقال: لم أنو به طلاقاً ليس بشيء ظاهر هذا اعتبار النية.

---

(١) سورة الاحزاب (٤٩).
(٢) سورة البقرة (٢٢٩).
(٣) سورة الطلاق (٢).

وقال الخرقي: إذا قال لها أنت خلية وبرية وبائن وحبلك على غاربك والحقي بأهلك هذا ثلاث ولم تعتبر النية.

وجه الأولى: وهو ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه أنه من كنايات الطلاق فاعتبر فيه النية دليله إذا قال لها: اخرجي واعتدي وتقنعي ونحو ذلك.

ووجه الثانية: أن هذه الألفاظ قد ثبت لها عرف الشرع والاستعمال.

أما الشرع فروي أن النبي- ﷺ- تزوج امرأة فرأى بكشحها بياضاً فقال: الحقي بأهلك[1]. وأما الاستعمال فلأن العرب كانت تطلق بهذه الألفاظ ويفارق هذا: اعتدي واخرجي وتقنعي لأنه لم يثبت لها العرفان فلهذا كانت النية معتبرة.

كراهية الطلاق بلا حاجة:

٨١- مسألة: إذا كان الحال بين الزوجين ساكنة وكل واحد منهما قائم بحق صاحبه، فهل يكره للزوج الطلاق في هذه الحال أم لا؟

قال في رواية إبراهيم الحربي في رجل حلف بالطلاق الثلاث أن لا بد يطأ امرأته وكانت حائضاً فقال: تطلق ولا يطأ قد أباح الله عز وجل الطلاق وحرم وطء الحائض. فظاهر هذا أنه غير مكروه.

وقال في رواية أبي طالب في رجل نذر أن يطلق امرأته فقال: لا يطلق ويكفر قيل له: هو معصية؟ قال وأي شيء من المعصية اكثر من الطلاق إذا طلقها فقد أهلكها. فظاهر هذا أنه مكروه.

وجه الأولى: وهي الصحيحة حديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي- ﷺ- طلق حفصة وراجعها حين عاتبه الله عز وجل عليها وقال: انها صوامة

---

(١) مجمع الزوائد- كتاب النكاح- باب فيمن تزوج امرأة فوجد بها عيباً ٤/٣٠٠ ومستدرك الحاكم- كتاب معرفة الصحابة- باب ذكر الصحابيات من أزواج الرسول- ﷺ- وغيرهن رضي الله عنهن ٤/٣٤. ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب النكاح- المرأة يتزوجها الرجل وبها برص أو جذام فيدخل بها ٤/١٧٦.

قوامة[1] ».وعن المغيرة بن شعبة أنه كان يجمع أربعاً من النساء فيصيبهن جميعا فيقول: إن كنتن كريمات الاحساب حسنات الأخلاق طويلات الأعناق، ولكني رجل مطلاق، أنتن طوالق[2].

ووجه الثانية: قوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة[3]﴾.

وروى محارب بن دثار عن ابن عمر أن النبي - ﷺ - قال: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق[4] ».وعن معاذ بن جبل قال: «ما خلق الله عز وجل على وجه الأرض شيئاً أبغض إليه من الطلاق ولا أحب إليه من العتاق[5] ».

الطلاق الثلاث في طهر واحد:

٨٢- **مسألة**: اختلف الرواية في الطلاق الثلاث في طهر واحد هل هو بدعة أم لا؟

فنقل أبو طالب: طلاق السنة ما أمر النبي ﷺ- ابن عمر به ظاهرة من غير جماع واحدة واثنتين[6] وثلاث فظاهر أنه للسنة وليس ببدعة.

ونقل إسحاق بن إبراهيم: طلاق السنة طلقة من غير جماع ويدعها حتى

---

(١) سنن ابن ماجة- كتاب الطلاق- باب حدثنا سويد بن سعيد ٦٥٠/١ حديث ٢٠١٦. ومجمع الزوائد- كتاب الطلاق- الباب الثاني باب عن عاصم ٣٣٣/٤. وسنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب في المراجعة ٧١٢/٢ حديث ٢٢٨٣. وسنن النسائي- في الطلاق- باب الرجعة ٢١٣/٦. وسنن الدارمي- كتاب الطلاق- باب في الرجعة ١٦١/٢.

(٢) لم أجده.

(٣) سورة الطلاق (١).

(٤) تقدم تخريجه في المسألة ٧٧.

(٥) مصنف ابن أبي شيبة- كتاب الطلاق- باب من كره الطلاق من غير ريبة ٢٥٣/٥ بلفظ: «ليس شيء مما أحل الله أبغض إليه من الطلاق» ولم يذكر فيه: «ولا أحب إليه من العتاق». والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الطلاق- باب كراهية الطلاق ٣٢٢/٧ بلفظ: «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق: دون لفظ «ولا أحب إليه من العتاق». ومستدرك الحاكم- كتاب الطلاق ١٩٦/٢ بلفظ البيهقي.

(٦) سيأتي الحديث قريباً ولم أجد في رواياته تعرض للطلاق الثلاث.

تحيض ثلاث حيض ولا تطلق عند كل حيضة فإن طلاق ثلاثاً بلفظ واحد لم يكن طلاقاً للسنة لقوله تعالى: ﴿لعل الله يحدث بعد ذلك أمر[1]﴾.

وجه الأولى وهي اختيار الخرقي ما روى سهل بن سعد الساعدي أن النبي - ﷺ - لاعن بين العجلاني وامرأته، فقال العجلاني وامرأته فقال العجلاني :إن أمسكتها فقد كذبت عليها هي طالق ثلاثاً ، وقال له النبي - ﷺ -:(لا سبيل لك عليها[2]).

ووجه الثانية أنه كان يعتقد أن الزوجية بعد اللعان باقية وان الطلاق، غير محرم ولم ينكر النبي - ﷺ - ذلك عليه ولو كان معصية لم يقره على ذلك، ولأن الطلقة الثانية والثالثة طلاق في عدة من غير ريبة مباحاً دليله الطلقة الواحدة، ولأن الطلاق عدد محصور يملكه الزوج، فله الجمع والتفريق، كالنكاح في المنكوحات والرجعة في المطلقات.

ووجه الثانية: وهو اختيار أبي بكر وهو الصحيح ما روى الحسن عن ابن عمر قال: طلقت امرأتي وهي حائض طلقة واردت أن اتبعها الطلقتين الأخريين فسألت النبي - ﷺ - فقال: «راجعها ، فقلت: أرأيت لو أطلقتها ثلاثاً؟ فقال:إذن بانت امرأتك وعصيت ربك[3] ».

---

(١) سورة الطلاق (١).

(٢) أخرجه من غير قوله:«لا سبيل لك عليها » البخاري- في اللعان ومن طلق بعداللعان ٢٧٩/٣ ومسلم كتاب اللعان ١١٢٩/٢ حديث ١٤٩٢ وأبو داود- كتاب الطلاق- باب اللعان ٦٧٩/٢ حديث ٢٢٤٥ ، والنسائي كتاب الطلاق- الرخصة في الطلاق الثلاث ١٤٤/٦ وفي اللعان- باب بدء اللعان في نفس الجزء ١٧٠/٦ وابن ماجة- كتاب اللعان ٦٦٧/١ حديث ٢٠٦٦ والدارمي- باب اللعان ١٥٠/٢ ، وأخرج قوله «لا سبيل لك عليها » مسلم في الباب السابق ١١٣٠/٢ حديث ١٤٩٣ . وأبو داود- كتاب الطلاق- باب اللعان- ٦٩٢/٢ حديث ٢٢٥٧ والنسائي- في اللعان- باب اجتماع المتلاعنين ١٧٧/٦ .

(٣) صحيح البخاري- كتاب الطلاق ٢٦٨/٣ دون آخره. وصحيح مسلم- كتاب الطلاق- باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها- ١٠٩٣/٢ حديث ١٤٧١. وسنن أبي داود- كتاب الطلاق - باب طلاق السنة ٦٣٢/٢ حديث ٢١٧٩ دون قوله: (أرأيت لو طلقتها ثلاثاً).. الخ.. وسنن ابن ماجه - كتاب الطلاق - باب طلاق السنة ٦٥١/١ حديث ٢٠١٩ دون آخره. وسنن النسائي - كتاب الطلاق - باب وقت الطلاق للعدة ١٣٧/٦ ، وباب الرجعة ٢١٢/٦ . وسنن الدارمي - كتاب الطلاق باب السنة في الطلاق ١٦٠/٢ .

فوجه الدلالة أنه طلق في الحيض طلقة فأمره بالمراجعة وأخبره أنه محرم فسأله عن الطلاق الثلاث فقال: إذن عصيت ربك ولا يجوز أن يكون سؤاله عن الثلاث في الحيض لأنه قد عرف تحريم ذلك بالطلقة الأولى فعلم أنه سأل عن الثلاث في الجملة فأخبره بأنه يعصي بذلك ولأن الجماع والطلاق يجريان مجرى واحد ألا ترى أن كل واحد منهما منهي عنه في حال الحيض ثم اتفق أن الجماع إذا حصل في طهر منع إيقاع الطلاق في ذلك الطهر؟ كذلك الطلاق إذا حصل في طهر يجب أن يمنع إيقاع طلاق آخر في ذلك الطهر ولأنه عقد يقع بمجموعة البينونة فوجب أن يكرر آحاده. دليله اللعان.

صرف صريح الطلاق عن مقتضى الظاهر:

٨٣- مسألة: إذا أتى بصريح الطلاق ونوى به شيئاً يخالف الظاهر هل يصدق في الحكم أم لا؟ مثل أن قال: أنت مطلقة أو مطلقة وقال: نويت من زوج قبلي أو قال: أنت طالق وقال: نويت من عقال أو قال أنت طالق، وقال: نويت إن دخلت الدار، أو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، وقال: نويت شهراً، أو قال: أنت طالق، وقال: أردت أن اقول: أنت طاهر أو قال: طلقتك ثم قال: أردت أمسكتك فسبق لساني فقلت: طلقتك ونحو ذلك فإنه يصدق فيما بينه وبين الله عز وجل، وهل يصدق في الحكم؟ على روايتين:

إحداهما: يصدق لأنه لا خلاف أنه لو قال لمدخول بها: أنت طالق طالق وقال أردت بالثانية إفهامها ان قد وقع بها طلقة قبل منه ذلك، كذلك هاهنا ولأنها يمين يصدق فيها في الباطن فصدق فيها في الظاهر دليله كنايات الطلاق إذا نوى بها غير الطلاق فإنه يصدق فيها ظاهراً وباطناً. وقد نص على هذه الرواية في مواضع فقال في رواية حرب في رجل قال لامرأته: يا مطلقة فإن كان أراد من الزوج الأول رجوت وإن كان يريد خفت عليه فظاهر هذا انه قبل قوله في ذلك، وقال أيضاً في رواية أبي الحارث إذا قال أنت طالق وقال نويت من عقال فإن كان على حد الغضب لم يقبل منه فظاهر هذا انه إذا لم يكن على حد الغضب قبل منه وإنما لم يقبل منه على حال الغضب لأن دلالة

الحال بخلاف ما ذكره.وقال في رواية إسحاق بن إبراهيم:إذا قال:أنت طالق إن دخلت الدار، وقال:نويت شهراً قبل منه، وقال في رواية ابن منصور فيمن حلف فجرى على لسانه غير ما في قلبه وأراد أنه يتكلم:فارجو أن يكون الأمر فيه واسعاً.

والرواية الثانية: لا يصدق في الحكم لأن ما قاله خلاف الظاهر فلم يصدق في حقها كما لو أقر بألف درهم ثم رجع وقال:كذبت في اقراري وليس له قبلي شيء فإنه يحتمل ما قال، ولكن لا يصدق في الحكم لأنه خلاف الظاهر، كذلك هاهنا، وقد نص على هذه الرواية في مواضع، فقال في رواية مهنا فيمن قال لزوجته:أنت طالق، وقال:نويت إن دخلت الدار لم يقبل منه، وقال أيضاً في رواية أبي داود في رجل كانت له امرأتان أسماها فاطمة فماتت إحداهما فقال فلانة طالق سوى الميتة، فقال:الميتة تطلق كأن أحمد أراد ألا يصدق في الحكم ونقل مهنا:إذا قال لزوجته أنت طالق غداً تطلق إذا طلع الفجر، قيل له: فإن نوى آخر النهار فإن ناساً يقولون: لا يدين فقال:هي طالق إذا طلع الفجر فظاهر هذا أنه لم يقبل منه.

وقوع الثلاث بلفظ أنت الطلاق:

٨٤- مسألة: إذا قال أنت الطلاق هل ذلك صريح في الثلاث أم لا؟ على روايتين:

إحداهما أنه صريح في الثلاث نوى الثلاث أو دونها نص عليه في رواية حنبل والفضل بن زياد والميموني أيضاً إذا قال:أنت الطلاق هل هي بينونة فقال:قد جمع.

ونقل الأثرم أيضاً أنت علي حرام أعني به الطلاق فهو ثلاث ولا يكون إلا ثلاثاً، وكذلك نقل عبدالله .

والرواية الثانية: إن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى ثنتين فثنتين وإن نوى واحدة فواحدة، وإن أطلق فواحدة، نقل ذلك الأثرم وأبو الحارث إذا قال لامرأته:أنت الطلاق فإن قال:أردت ثلاثاً فهي ثلاث وإن قال أردت واحدة فهي واحدة.

وجه الأولى: ان الألف واللام تدخل في الكلام لأحد شيئين.

إما للمعهود أو الاستغراق، وليس هاهنا معهود ينصرف إليه، فلم يبق إلا استغراق الجنس وهو الثلاث.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة- أنه يحتمل أن يريد لها الجنس ويحتمل أن يريد بها المعهود، وهي طلقة واحدة، فلم يجز حمله على الجنس دون المعهود إلا ببينة.

ما يقع من عدد الطلاق بلفظ: انكحي من شئت واعتدي:

٨٥- مسألة: إذا قال لزوجته: انكحي من شئت ونوى به الطلاق في الجملة أو لم ينو به لكن كانا في ذكر الطلاق.

ففيه روايتان:

إحداهما: أنه تقع به الثلاث، وإن لم ينو الثلاث نقلها حرب فقال: هي مثل الخلية، ونقل أبو الحارث أنها واحدة.

وجه الأولى: أنها كناية ظاهرة، فكانت ثلاثاً كالخلية والبرية، ومعنى قولنا: ظاهرة ان الاعتداد لا يكون إلا عن طلاق، ويفارق الخفية مثل قوله: اخرجي وتقنعي لأن هذا يحتمل أن يكون عن طلاق وعن غيره وليس الطلاق فيه ظاهراً فلهذا لم يكن ثلاثاً.

ووجه الثانية: انها قد تباح للزوج بالطلقة الواحدة والثلاث، فإن قال لها: اعتدي ففيه أيضاً روايتان.

نقل الأثرم: إن نوى واحدة فواحدة، وإن نوى اثنتين فاثنتان، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، قال: وكذلك إن قال: لا سبيل لي عليك، ونقل أبو طالب وأبو الحارث والميموني: إنه ثلاث مثل الخلية والبرية.

وجه الأولى: ما احتج به أحمد وهو ما روى عبدالله بن عبيد بن عمير أن رجلاً قال لامرأته: حبلك على غاربك ثلاث مرات. فسأل عمر بن الخطاب عنها علي بن أبي طالب فقال: هو ما نوى[1].

(١) موطأ مالك- كتاب الطلاق- باب ما جاء في الخلية والبرية ٥٥١/٢ حديث ٥ عن عمرو=

ووجه الثانية: أنها كناية ظاهرة أشبه الخلية والبرية، فيها معنى البينونة.

عدم وقوع الطلاق على المخيرة إذا اختارت زوجها:

٨٦- مسألة: إذا خير زوجته فاختارت زوجها فهل يقع الطلاق؟

نقل الجماعة منهم أبو الحارث، وأبو طالب، والمشكاتي: لا يقع الطلاق، ونقل ابن منصور، أنها طلقة رجعية.

قال أبو بكر: العمل على ما رواه الجماعة.

ووجه رواية ابن منصور: انه قول جماعة من السلف فروى جماعة منهم عن الشعبي عن علي: إن اختارت زوجها فواحدة وهو أحق بها[1]. وروى زاذان قال: كنا عند علي بن أبي طالب- رضي الله عنه بالكوفة فقال: سألني أمير المؤمنين عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- عن الخيار فقلت: لا بد من واحدة، **فإن اختارت زوجها فواحدة، وهو أحق بها**،[2] وروى الحسن عن زيد بن ثابت **إن اختارت زوجها فواحدة وهو أحق بها**[3]، وروى ذلك عن الحسن وقتادة[4].

والوجه في أنه لا يقع بها طلاق ان اختيارها زوجها ضد اختيارها نفسها فلما كان اختيارها نفسها طلاقاً لم يكن ضده طلاقاً، ولأن الأمة إذ أعتقت

= ليس فيه انه استشار علياً في ذلك. والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الخلع والطلاق- باب ما جاء في كنايات الطلاق التي لا يقع بها إلا أن يريد بمخرج الكلام منه الطلاق ٣٤٣/٧ و٣٤٤. ومصنف عبدالرزاق- كتاب الطلاق- باب حبلك على غاربك ٣٦٠/٦ رقم ١١٢٣٢ و١١٢٣٣.

(١) سنن الترمذي- أبواب الطلاق- باب ما جاء في الخيار ٣٢٤/٢ حديث ١١٩٠ بلفظ: (إن اختارت نفسها فواحدة بائنة، وإن اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة). ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب الطلاق- ما قالوا في الرجل يخير امرأته فتختاره أو تختار نفسها ٥٩/٥ بلفظ قريب من لفظ الترمذي. والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الخلع والطلاق- باب ما جاء في التخيير ٣٤٦/٧.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٥٩/٥ وسنن البيهقي ٣٤٥/٧.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ٦٠/٥ وسنن البيهقي ٣٤٥/٧. وسنن الترمذي- أبواب الطلاق- باب ما جاء في الخيار ٣٢٤/١ حديث ١١٩٠.

(٤) قول قتادة ذكره البيهقي في السنن الكبرى- كتاب الخلع- باب ما جاء في التخيير ٣٤٥/٧. وعبدالرزاق- في كتاب الطلاق- باب المرأة تملك أمرها ٥١٨/٦ رقم ١١٩٠٣.

تحت عبد كان لها الخيار فإذا اختارت زوجها لم يكن فرقة، كذلك هاهنا.

طلاق المخيرة إذا اختارت نفسها في المجلس متراخياً عن التخيير:

٨٧- مسألة: إذا خيرها فاختارت نفسها في مجلسها، فهل يقع الطلاق أم لا؟

فنقل أبو الحارث: لها الخيار ما دامت في مجلسها، أو تأخذ في حديث آخر غير ما كانا فيه.

وقال الخرقي: إذا خيرها فاختارت فراقه في وقتها وإلا فلا خيار لها، وظاهر كلامه أن الخيار يجب أن يكون عقب التخيير، فإن تراخى سقط خيارها، وإن كان في المجلس.

ووجه قوله: أنها لم تختر نفسها عقب التخيير فلم يصح خيارها كما لو اختارته بعد المجلس، ولأن الخيار قبول منها والقبول يجب أن يكون عقب الإيجاب لأنه جواب عنه.

والوجه: في أنه يصح الاختيار: إجماع الصحابة، وروى عن عمر وعثمان أنهما قالا: «أيما رجل ملك امرأته أو خيرها فافترقا من ذلك المجلس ولم يحدثا حدثاً فأمرها إلى زوجها[١]، وفي لفظ آخر عن عمر: «إذا خير امرأته فلم تقض في مجلسها فليس بشيء[٢]. وعن جابر: «إذا خير الرجل امرأته فلم تختر في مجلسها ذلك فلا خيار لها[٣]».

وعن ابن مسعود: «إذا جعل أمر امرأته إليها فافترقا من مجلسها فليس لها[٤]، ولأنها اختارت نفسها في مجلسلها فصح اختيارها كما لو اختارته عقب التخيير.

---

(١) مصنف عبدالرزاق- كتاب الطلاق- باب الخيار والتمليك ما كانا في مجلسهما ٥٢٥/٦ رقم ١١٩٣٨ ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب الطلاق- ما قالوا في الرجل يخير امرأته فلا تختار حتى تقوم من مجلسها ٦٢/٥.

(٢) لم أجد هذا اللفظ عن عمر ومعناه في الحديث الذي قبله.

(٣) مصنف عبدالرزاق كتاب الطلاق- باب الخيار والتمليك ما كان في مجلسهما ٥٢٥/٦ رقم ١١٩٣٥ ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب الطلاق- ما قالوا في الرجل يخير امرأته ٦٢/٥.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة في الباب السابق ٦٢/٥ وباب ما قالوا في الرجل يخير امرأته فيرجع في الأمر قبل أن يختار ٦٤/٥. ومصنف عبد الرزاق في الباب السابق ٥٢٤/٦ رقم ١١٩٢٩.

الطلاق المعلق بوقت إذا نوى به من حين التعليق إلى الوقت المعلق عليه:

٨٨- **مسألة:** إذا قال: أنت طالق إلى رأس الشهر، أو إلى رأس السنة، ونوى بذلك من الساعة إلى رأس الشهر، ورأس السنة، هل يقع الطلاق في الحال؟

فنقل حرب وغيره:إذا قال لها: أنت طالق إلى سنة، فإذا جاءت السنة فهي طالق، ونقل الأثرم إذا قال: أنت طالق رأس الشهر فإن كان أراد من الساعة إلى رأس الشهر فهي طالق من الساعة، وإن كان أراد به رأس الشهر فهي طالق رأس الشهر، قال أبو بكر: قد روي عنه:إذا قال:أنت طالق إلى رأس الشهر أنها تطلق الى رأس الشهر إلا أن ينوي قبل ذلك، قال:والعمل على ما ذكرت يعني لا تطلق قبل رأس الشهر وظاهر كلامه أنه جعل المسألة على روايتين:

إحداهما: لا يقع الطلاق في الحال وإن نواه، وهو اختيار أبي بكر لأنه لو أطلق ولم ينو الطلاق في الحال لم يقع قبل الشهر، فإذا نوى به الحال يجب ألا يقع قبل الشهر كما لو قال أنت طالق بعد شهر أو قال:إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، وقال: نويت الساعة.

والثانية: يقع- وهي الصحيحة- لأن «إلى» يد تكون غاية لانتهاء الفعل عند الشهر فتقديره أنت طالق من الساعة إلى شهر فيقع الطلاق في الحال، ومنه قوله:سرت من الكوفة الى البصرة يقتضي انتهاء السير إلى البصرة، وقد يكون لابتداء الفعل عند انتهاء الغاية فيقول: قدوم زيد إلى شهر، وقدوم الأمير والحاج إلى شهر فلا يقع الطلاق في الحال لأن الأصل بقاء النكاح فلا يوقعه الاحتمال، فإذا نوى الحال يجب أن يصح لأنه نوى ما يحتمله اللفظ، ويفارق قوله:أنت طالق بعد شهر لأن ذلك لا يحتمل الحال فلهذا لم يقع الطلاق بمجرد النية.

الطلاق المعلق على قدوم شخص إذا جيء به ميتاً:

٨٩- **مسألة:** إذا قال: إذا قدم فلان فأنت طالق فجيء به ميتاً هل تطلق أم لا؟

قال الخرقي: لا تطلق لأن القدوم لم يوجد منه وإنما قدم به.

وقال أبو بكر في كتاب الخلاف: تطلق، وذكر عن أحمد كلاماً في رواية محمد ابن الحكم: إذا قال: إذا قدم فلان فأنت طالق فجاؤوا به ميتاً يحنث، واحتج أبو بكر في ذلك بأنه جعل القدوم صفة في الطلاق، وبالموت قد تعذر وجود الصفة من جهته فيجب أن يحنث كما قال أحمد، في رواية صالح إذا قال: أنت طالق إن لم تشربي من هذا الماء فصب أو طعاماً فأكله الكلب حنث لفوات الصفة كذلك هاهنا، ويبين صحة هذا أن الحج يبطل بالفوات كذلك هاهنا.

وعندي أن هذه المسألة لا تشبه ما ذكره لأنه إذا قال: إن قدم زيد فأنت طالق فقد جعل قدومه في وقوع الطلاق ولم يوجد ذلك من جهته، فالصفة لم توجد فلم يقع الطلاق كما لو لم يمت ولم يقدم وليس كذلك إذا قال: إن لم تأكلي من هذا الخبز أو تشربي من هذا الماء فأنت طالق لأنه علق وقوع الطلاق بعدم الأكل من جهتها وعدم الشرب. فإذا أكله الكلب وانقلب الماء فقد عدم ذلك من جهتها والصفة قد وجدت، فلهذا حنث فبان الفرق بينهما.

فعل المحلوف على تركه نسياناً أو إكراهاً:

٩٠- **مسألة**: إذا حلف بالطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله ألا يفعل شيئاً ثم فعله ناسياً فهل يحنث في يمينه أم لا؟

فنقل محمد بن الحسن بن هارون إذا حلف بالله أو بالطلاق والعتاق لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً: لم يحنث فظاهر هذا أنه لا يحنث في شيء من ذلك.

ونقل أبو طالب في رجل حلف بالطلاق ثلاثا لا يدخل الدار فحمل كرهاً: ليس عليه شيء فإن دخلها ناسياً لزمه لأن الناسي تلزمه الكفارة في كل شيء فظاهر هذا أنه يحنث في الطلاق لأنه قد نص عليه ويحنث في اليمين بالله عز وجل لأنه قال: الكفارة تلزمه في كل شيء.

ونقل حرب وأحمد بن هشام: إذا حلف بالطلاق ألا يدخل هذه الدار فدخلها ناسياً وجب عليه الطلاق وإن كان الحلف بالله فدخل ناسياً فلا كفارة عليه فقد نص على الفرق بين الطلاق والعتاق وبين اليمين بالله- عز وجل-

فإن قلنا: يحنث في جميع ذلك فوجهه أنه خالف بين فعله وقوله في يمين مقصودة فيجب أن يحنث، دليله العامد.

ولأن الكفارات في الأصول تجب بسببين:

قول وهو اليمين وفعل وهو القتل والوطء والإتلاف في الإحرام، ثم ثبت أن الكفارة التي يوجبها الفعل يستوي فيها العمد والسهو وكذلك التي يوجبها القول فجاز أن يستوي فيها العمد والسهو، وإذا قلنا: لا يحنث في جميع ذلك فوجهه أن من حلف لا يدخل الدار فقد منع نفسه من ذلك وإنما يمكنه منع نفسه من ذلك على جهة العمد واما حالة النسيان فلا يمكنه فحصلت تلك الحال مستثناة فلم تدخل تحت اليمين، ولأنه منع نفسه من ذلك بلفظ فهو كما لو منع نفسه بالشرع، والمنع بالشرع مختلف حكمه بالعمد والسهو كذلك هاهنا، ويفارق هذا سائر الكفارات لأن تلك طريقها الإتلاف والافساد فجاز أن يستوي فيها حال العمد والنسيان كإتلاف أموال الآدميين، فإذا قلنا: يحنث في الطلاق والعتاق ولا يحنث في اليمين بالله- عز وجل- ولا في يمين الظهار- وهو الصحيح- في المذهب، وبه قال الخرقي- رحمه الله- وأبو بكر الخلال وصا-به فوجهه أن العتاق والطلاق يتعلق بها حق لآدمي فاستوى فيه العمد والسهو كإتلاف أموال الآدميين وليس كذلك اليمين بالله- عز وجل- لأنه لا تعلق لآدمي بها وإنما هي لله خالصة فجاز أن يفرق بين عمدها وسهوها كالأكل في الصيام.

تكليم من حلف على عدم تكليمه في حال لا يعقل فيها الكلام:

٩١- **مسألة**: إذا حلف لا كلمت فلاناً فكلمه ميتاً أو نائماً أو مغلوباً على عقله بجنون أو اغماء فهل يحنث أم لا؟

قال أبو بكر في كتاب الخلاف: يحنث وحكى عن أحمد في رواية أحمد بن سعيد أنه يحنث لأنه لا اعتبار بسماع المحلوف عليه ولا يفهمه ألا ترى أنه لو كلمه وهو سكران لا يعقل أو أطرش لا يسمع ما يقول فإنه يحنث كذلك هاهنا. وعندي أنه لا يحنث في ذلك لأن الاعتبار في الإيمان بالأسباب ومعلوم أن من حلف لا يكلم فلاناً فإنما قصد كلاماً يقع به الفهم وهذا لا يقع به الفهم

ولا يسمى كلاماً فلم يحنث، ويفارق هذا إذا كلمه بحيث يسمع الكلام ولأنه لا يسمع لأنه يقال كلمته ولم يسمع فالاسم يقع عليه، وأما السكران فهو كالصاحي في احكامه فلهذا حنث بكلامه.

فعل المحلوف على تركه اكراها:

٩٢- مسألة: إذا حلف لا يفعل شيئاً فأكره على فعله هل يحنث؟

فنقل أبو الحارث في الرجل يحلف لا يدخل هذه الدار فحمل وأدخل الدار وهو عاقل لا يريد الدخول أخاف أن يكون قد حنث، فظاهر هذا أنه يحنث بالإكراه على الفعل لأنه أكثر ما فيه أنه فعل محمول عليه بغير حق وهذا لا يمنع التزام حكمه كالمكره على قتل غيره وعلى الزنا وعلى إتلاف مال الغير، ونقل أبو طالب عنه فيمن حلف بطلاق امرأته ثلاثاً ألا يدخل داراً فحمل كرهاً ليس عليه شيء فإن دخلها ناسياً لزمه وهذه الرواية أصح، وهي اختيار الخرقي لأن المكره لا يضاف الفعل إليه واليمين على فعل نفسه، وإذا لم يضف الفعل إليه فالصفة لم توجد فيجب الا يحنث ويفارق هذا الإكراه على القتل لأن الضرورة لا تبيحه فلهذا لم يؤثر الإكراه فيه كذلك الزنا مع أن الزنا لا يتصور الإكراه فيه لأنه لا يطأ إلا عن شهوة، وكذلك شرب الخمر لا تبيحه الضرورة فالإكراه لا يؤثر فيه على إحدى الروايتين وكذلك إتلاف مال الغير لا تبيح الضرورة إتلافه من غير ضمان كذلك في الإكراه لا يسقط عنه الضمان.

حد الإكراه الذي يرفع حكم اليمين:

٩٣- مسألة: في صفة الإكراه الذي يمنع إيقاع الطلاق والعتاق وغيره.

نقل الجماعة منهم الأثرم والمروذي وصالح وغيرهم:أن التوعد ليس بإكراه، وقال:حد الإكراه ان يضرب أو يفعل به كما فعل بأصحاب النبي - ﷺ - وهو اختيار الخرقي، ونقل ابن منصور:حد المكره إذا خاف القتل أو ضرباً شديداً، ووجدت بخط أبي إسحاق بن شاقلا قال: أخبرني أبو بكر محمد بن الحسن العمري مولى « أبو دجانة » سماك بن خرشة الأنصاري إجازة حدثنا محمد بن عبد الرحمن أبو عبدالله بهراة من ولد شامة بن لؤي قال: حضرت أبا

عبد الله أحمد بن حنبل- رحمه الله- وسئل عن هذه المسائل وأنا أسمع، وذكر من جملتها، وقد سئل عن طلاق المكره فقال: إذا خشي القتل أو الضرب فلا يجوز.

وجه الأولى: وهي الصحيحة أن التوعد غير متحقق لأنه يجوز أن يوقع به الوعيد ويجوز ألا يوقع وليس كذلك الضرب لأنه متحقق. وإذا ثبت أنه غير متحقق فالطلاق الواقع منه متحقق، لم يزل حكمه غير متحقق، ألا ترى أن من تيقن الطهارة وغلب عليه ظنه الحدث. أو تيقن النكاح وغلب على ظنه أنه طلق فإنه يرجع في جميع ذلك إلى اليقين المتحقق، ويطرح غالب الظن كذلك هاهنا، ولأنه متوعد على المكروه فلم يكن إكراهاً، دليله إذا لم يكن المتوعد له قاهراً مقتدراً، يبين صحة هذا أن الفعل لما كان إكراهاً لم تفترق الحال بين كونه قاهراً مقتدراً كالسلطان واللصوص أو كونه رجلاً من عرض الناس.

ووجه الثانية: أنه إذا كان التوعد من قاهر مقتدر وغلب على ظن المكره أنه إن امتنع من المراد منه وقع به ما هو متوعد به فالظاهر وجوده، وما غلب على الظن جرى مجرى الوجود بدليل أنه إذا غلب على ظنه أن قاطع الطريق يقتله ويأخذ ماله جاز أن يقتله، وكذلك لو غلب على ظنه في صول الفحل أنه يقتله جاز له قتله، فإن كان التوعد بالقتل وكان ذلك من قاهر مقتدر فيجب أن يقال انه إكراه، رواية واحدة لأن الفعل إذا وقع لم يمكن رفعه، وليس كذلك إذا كان التوعد بضرب وحبس لأن الفعل إذا وقع يمكن رفعه، ومن نصر الأولى يقول: إذا كان التوعد بالقتل فإنه متى وقع الفعل لم يمكن رفعه لجاز أن يكون إكراهاً لامتناع رفعه، وليس كذلك الحبس والضرب وأخذ المال فإنه يمكن رفعه ابتداء الفعل به.

طلاق السكران:

٩٤- مسألة: اختلفت الرواية في طلاق السكران هل يقع؟

فنقل صالح وابن بدينا:ليس بمرفوع عنه القلم وهذا يقتضي إيقاع الطلاق.

وكذلك نقل أبو طالب فقال: إذا شتم إنساناً يقام عليه الحد وإن قَتَلَ قُتِلْ

ونقل الميموني وحنبل وابن إبراهيم:لا يقع طلاقه فقال في رواية الميموني:أكثر ما فيه عندي ألا يلزمه الطلاق.

فقيل له: أليس كنت مرة تخاف أن يلزمه؟ فقال: بلى ولكن أكثر ما عندي ألا يلزمه.

نقل حنبل وابن إبراهيم:لا يلزمه الطلاق.

نقل ابن منصور في السكران إذا طلق أو قتل أو سرق أو زنى أو اشترى أو باع فأجبن عنه ولا يصح من أمره شيء فإن قلنا:يقع طلاقه- وهو الصحيح عندي فوجهه أن السكران مكلف مخاطب بدليل قوله تعالى: ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنب[1]﴾ فكلفهم في حال سكرهم أن يمتنعوا من الصلاة، فلولا أن التكليف قائم عليهم ما نهاهم عن الصلاة حال سكرهم. وروى عن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- أنه قال: أرى الناس قد تتابعوا في شرب الخمر واستحقوا حدها فما ترون؟ فقال علي: إذا شرب سكر وإذا سكر هذي وإذا هذي افترى فحدوه حد المفتري[2]. فالصحابة زادت في حده فبلغت به ثمانين، بافترائه حال سكره فثبت أنه مكلف والطلاق إذا حصل من مكلف صادف ملكه يقع كالصاحي ولأنه نطق بالطلاق وليس معه ما يدل على فقد قصده بوجه معذور فيه فوجب أن يقع الطلاق كالصاحي ولأن رفع القلم عنه حال جنونه رخصة وتخفيف وتسهيل عليه وهو قد ارتكب المعصية بالصفة التي هو عليها فلا يكون سبباً للتخفيف عليه لأن المعصية لا تجلب الرخصة.

وإذا قلنا:لا يقع طلاقه وهو اختيار أبي بكر فوجهه: أنه زائل العقل فأشبه المجنون ولأنه لا قصد له فهو كالصبي، قال أبو بكر:وافتراقهما من ناحية أن المجنون غير عاص بالمعنى الذي أزال والسكران عاص لا يوجب الفرق بينهما، ألا ترى أن من عجز عن القيام في الصلاة لمرض سقط عنه وأجزأه،

---

(١) سورة النساء (٤٣).

(٢) المستدرك للحاكم- كتاب الحدود ٣٧٥/٤ ومصنف عبدالرزاق- كتاب الحدود- باب حد الخمر ٣٧٨/٧ رقم ١٣٥٤٢.

ولو كسر ساق نفسه حتى يعجز عن القيام صلى جالساً وأجزأه، فقد اتفقا على صحة الصلاة وإسقاطها وإن اختلفا في المأثم، وكذلك لو طلق حال الطهر صح، ولو طلق حال الحيض صح، وإن اختلفا في المأثم، قال أبو بكر: ويكون مطلقاً في أن الصلاة تجب عليه[1] والمجنون لا تجب عليه لا يوجب الفرق أيضاً، بدليل أن النائم لا يقع طلاقه وإن كانت الصلاة واجبة عليه والمجنون لا يقع طلاقه ولا تجب عليه الصلاة، كذلك وجوب الصلاة عليه لا يدل على إيقاع طلاقه، ومن قال:طلاقه لا يقع يقول:هو كالمجنون فلا حكم لما له ولا حكم لما عليه فلا يصح إسلامه، ولا رجعته، ولا عقوده، ولا طلاقه، ولا ظهاره، ولا يجب عليه الحد، ولا القود، ومن قال:يقع طلاقه فيقول:هو كالصاحي فيما له وفيما عليه، أما ما له فالرجعة والإسلام وأما ما عليه فالقصاص والحدود، وما له وعليه كالنكاح، والبيوع وعقود المعارضات فهو في جميعها كالصاحي.

وقال شيخنا أبو عبدالله:حكمه حكم الصاحي فيما له وفيما عليه، فأما ما له وعليه كالبيع وعقود المعاوضات والنكاح فهو كالمجنون لا يصح، وقد أومأ أحمد إلى هذا في رواية البرزاطي وقد سأله عن طلاق السكران فقال: لا أقول في طلاقه شيئاً. قيل له: فبيعه وشراؤه، قال: أما بيعه وشراؤه فغير جائز، فقد توقف في الطلاق هل يقع، ولم يتوقف في البيع، وخرج أنه لا يصح منه.

طلاق الصبي:

٩٥- مسألة: في طلاق الصبي إذا كان يعقل الطلاق فطلق هل يقع طلاقه؟ نقل أبو الحارث وصالح: يقع طلاقه وهو اختيار الخرقي.

ونقل أبو طالب: قال: سألت أحمد- رحمه الله- عن طلاق السكران فقال أحمد يجوز طلاق الصبي فقال أبو طالب: لا. فقال له أحمد: لم؟ قال أبو طالب: لأنه لا يعقل. قال أحمد: فالسكران لا يعقل، والنائم والمبرسم والهاذي هذا كله لا يعقل، والصبي يعقل ولكن لا يجوز طلاقه حتى يحتلم، فقد نص على أن طلاقه لا يقع، وجه الأولى وهي الصحيحة ما روى وكيع عن سفيان عن أبي

---

(١) كذا بالأصل ولعل الصواب: وكونه مطلقا تجب الصلاة عليه... الخ.

إسحاق عمن سمع علياً يقول: اكتموا الصبيان النكاح[1] ولا فائدة في كتمانهم النكاح إلا خوفاً من طلاقهم لأن من صحت وصيته وتدبيره وإسلامه وتخييره لأحد أبويه وإذنه في الدخول إلى دار غيره صح طلاقه كالبالغ، ولأنه يعقل الطلاق أشبه البالغ.

ووجه الثانية: قول النبي - ﷺ -: رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبي حتى يبلغ[2]، ولأنه غير مكلف فهو كالمجنون ولأنه لم يبلغ فهو كالطفل الذي لا يميز. وإذا قلنا ان طلاقه يقع فالكلام في السن الذي يصح أن يعقل الطلاق فيه.

فقال في رواية أبي الحارث:من عشر سنين إلى اثنتي عشرة، قال أبو بكر: قد ترادفت الرواية عنه في الصبي إذا كان يعقل الطلاق جاز طلاقه فقيل له إذا كان له اثنتا عشرة سنة وقيل إذا كان عشر سنين قال:والذي أتقلده ما روى عنه من العشر فما فوقها لأن النبي - ﷺ - قال: مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر[3]، وعندي أن ذلك غير محدود وإنما هو معتبر بتمييزه وعقله وهذا حكم طلاقه في حقه.

---

(١) لم أقف على هذا الأثر.

(٢) صحيح البخاري- في الطلاق- باب الطلاق في الاغلاق ٢٧٢/٣ وفي الحدود باب لا يرجم المجنون ١٧٦/٤- وسنن النسائي- كتاب الطلاق- باب من لا يقع طلاقه من الأزواج ١٥٦/٦- ومجمع الزوائد- كتاب الحدود- باب رفع القلم عن ثلاثة ٢٥١/٦. وسنن الدارمي- كتاب الحدود- باب رفع القلم عن ثلاثة ١٧١/٢ وسنن أبي داود- كتاب الحدود- باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا ٥٥٨/٤ حديث ٤٣٩٨.

(٣) سنن الدرامي- كتاب الصلاة- باب متى يؤمر الصبي بالصلاة ٣٣٣/١، بلفظ:(علموا الصبي الصلاة ابن سبع سنين واضربوه عليها ابن عشر)، وسنن أبي داود- كتاب الصلاة- باب متى يؤمر الغلام بالصلاة ٣٣٢/١، حديث ٤٩٤ بلفظ:(مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين وإذا بلغ عشر سنين فاضربوه عليها)- وحديث ٤٩٥ بلفظ:(مروا اولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع). وسنن الترمذي- كتاب الصلاة- باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة ٢٥٣/١ حديث ٤٠٥ بلفظ:(علموا الصبي الصلاة ابن سبع سنين واضربوه عليها ابن عشر).

توكيل الصبي في الطلاق ووكالته فيه:

وأما إن وكل في الطلاق فهل تصح وكالته أم لا؟

فقال في رواية صالح في رجل قال لصبي طلق امرأتي فقال:قد طلقتها ثلاثاً فلا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه وهو لا يعقل؟ قيل له: فإن كانت له زوجة هي صبية فقالت له: صير أمري إلي، فقال لها: أمرك بيدك فقالت له:قد اخترت نفسي، قال: ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل الطلاق، فظاهر هذا أن وكالته في الطلاق لزوجته ووكالته لغيره صحيحة إذا كان يعقل الطلاق.

وقال أبو بكر: وقد روى عنه إذا وكل في طلاق امرأته أنه لا يقع الطلاق حتى يبلغ، واختار أبو بكر ذلك، والصحيح أنه تصح وكالته، نص عليه في رواية صالح لأن ما صح أن يليه بنفسه صح أن يوكل ويكون وكيلاً فيه كالبالغ فهذا حكم طلاقه فأما تدبيره ووصيته فإنها جائزان رواية واحدة. نص عليه في رواية أبي الحارث وأما إقراره فقال أبو بكر: اجمعوا في الرواية أنه لا يجوز إقراره في ماله حتى يبلغ، فقد نص أحمد- رحمه الله- في رواية مهنا على صحة إقراره في قدر ما أذن له فيه الوصي من التجارة.

وأما عقوده فقال أبو بكر يجوز نكاحه واختلفت في بيعه فأجاز بيع الصبي الصغير فيما يبيع ويشتري مثله من الشيء الضعيف، وأجاز بيع مثله إذا كان فيما حددناه من الثمن، والغالب من قوله: لا يجوز حتى يبلغ قال أبو بكر: ولا يختلف قوله:أنه يحد قاذفه إذا كان ابن عشر سنين، واثنتي عشرة سنة، ولا يحد هو في قذف، ولا قصاص ولا يقاد منه وتكون الدية عليه في ماله في أحد الروايتين، والأخرى على عاقلته، قال: وبالأول أقول، وجملة المذهب عندي في عقوده، من بيع ونكاح وشراء ووكالة وإجارة وغير ذلك على روايتين:

إحداهما:ينفذ لأنه يعقل البيع والشراء فهو كالبائع.

والثانية:لا ينفذ لأنه غير بالغ فهو كالطفل.

وأما تصرفه فيما يقتضي زوال ملكه فان كان مما يمكن الرجوع فيه إذا بلغ

وهو الوصية والتدبير فإنها تنفذ رواية واحدة وإن كان فيما لا يمكن الرجوع فيه مثل الطلاق والعتاق والإقرار فعلى روايتين:

إحداهما: لا ينفذ على رواية أبي طالب.

والثانية: ينفذ على رواية مهنا في الإقرار، وأبو بكر يقول: ينفذ طلاقه وعتقه رواية واحدة، ولا ينفذ اقراره رواية واحدة، والمذهب على ما حكيت.

تعليق الطلاق على مشيئة الله:

٩٦- مسألة: إذا قال أنت طالق إن فعلت كذا وكذا إن شاء الله. وفعل ذلك الشيء هل يقع الطلاق؟

فنقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث: يقع.

ونقل أبو بكر بن محمد عن أبيه: لا يقع الطلاق وإن وجد الشرط. وهو اختيار أبي بكر.

وجه الأولى وهي أصح: إن الاستثناء لما لم يؤثر في الإيقاع فأولى ألا يؤثر في الشرط ولأن قوله: أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله تقديره إن شاء الله دخولي وقد علمنا مشيئته بوجود الدخول فيجب أن يقع.

ووجه الثانية أن قوله: أنت طالق إن فعلت كذا، يمين. وقد روي عن النبي- ﷺ- قال: «من حلف، فقال: إن شاء الله لم يحنث[1] وليس كذلك قوله: أنت

---

(١) سنن ابن ماجة- كتاب الكفارات- باب الاستثناء في اليمين ٦٨٠/١ حديث ٢١٠٤ بلفظ: «من حلف فقال: إن شاء فله ثنياه» و٢١٠٥ بلفظ «من حلف واستثنى إن شاء رجع وإن شاء ترك» و٢١٠٦ بلفظ «من حلف واستثنى فلن يحنث». وسنن الترمذي- أبواب الإيمان والنذور- باب في الاستثناء في اليمين ٤٣/٢و٤٤ حديث ١٥٧٠ بلفظ: «من حلف على يمين فقال: إن شاء الله فلا حنث عليه» وحديث ١٥٧١ بلفظ «من حلف فقال: إن شاء الله لم يحنث». وسنن النسائي- كتاب الأيمان والنذور- باب من حلف فاستثنى ١٢/٧ بلفظ ابن ماجة رقم ٢١٠٥ وزاد في آخره: «غير حنث». وسنن الدارمي- كتاب النذور والايمان باب الاستثناء في اليمين ١٨٥/٢. ومصنف عبدالرزاق- كتاب الأيمان والنذور- باب الاستثناء فى اليمين ٥١٧/٧ رقم ١٦١١٨ بلفظ الترمذي رقم ١٥٧١.

طالق لأنه إيقاع في الحال وليس يمين فلم تعلم المشيئة فيه ولأن المشيئة إنما تصح فيما يكون في المستقبل دون ما هو فاعل في الحال كقوله: ﴿ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله(١)﴾ فإذا ذكر المشيئة فيما هو فعل في الحال لم يصح وليس كذلك إذا قال أنت طالق إن فعلت كذا لأن ذلك ليس بإيقاع في الحال وإنما هو إيقاع في المستقبل وتعليق الطلاق بمشيئة الله تبركاً بها وتأدباً.

الاستثناء من عدد الطلاق:

٩٧- مسألة: إذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة فقال أبو بكر في كتاب التنبيه: لا يصح الاستثناء في الطلاق وتقع الثلاث.

وقال غيره من أصحابنا: يصح، وهو الصحيح عندي.

ووجه قول أبي بكر إنه استثنى بعض العدد في الطلاق فيجب أن لا يصح. دليله إذا استثنى طلقتين فإنه لا يصح، كذلك هاهنا.

ووجه الثاني أنه رفع لأقل ما الزمه نفسه فصح، كما لو أقر بثلاثة دراهم واستثنى درهماً منها فإنه يصح، ولأنه لو قال أنت طالق إن شئت أو شاء زيد فإن الطلاق لا يقع ويصح الاستثناء كذلك هاهنا، بل هذا أولى لأن الاستثناء يرفع الإيقاع جملة. وهاهنا يرفع بعضه، وقد نص أحمد على ذلك في رواية أبي الحارث إذا قال: أنت طالق إن شاء الله لم يصح، ولو قال إن شاء زيد صح، وقال: مشيئة العباد تدرك.

وقال أيضاً في رواية أبي منصور: إذا قال: أنت طالق إذا شئت وكلما شئت فقال: لها ذلك ما لم يغشها، فإذا غشيها فلا أذن لها.

ونقل أيضاً: إذا قال: أنت طالق إن شئت فقال: قد شئت إن شاء أبي فليس بشيء، قد ردت الأمر اليه، فقد نص على صحة الإستثناء في ذلك ولعل أبا بكر يفرق بين هذا وبين الاستثناء لبعض العدد- فيقول: إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة فقد أتى بلفظ الإيقاع ويريد أن يرفع بعضه، وهاهنا علق أصل الطلاق بمشيئة زيد فلم يوجد منه محض الإيقاع ويقال له: لا فرق

(١) سورة الكهف (٢٣ و٢٤).

بينهما، لأن الكلام متعلق بآخره فهو إذا قال:أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة تبينا باللفظ الآخر أنه لم يوقع إلا طلقتين كما تبين هاهنا، لأنه لم يوقع الطلاق جملة وإما إذا استثنى طلقتين فإنما لم يصح لأنه استثنى الأكثر، وليس إذا لم يصح استثناء الأكثر لم يصح الأقل كالاستثناء في الإقرار بالمال يصح الأقل ولا يصح الأكثر كذلك هاهنا.

ما يبقي من عدد الطلاق لمن نكح مبانته دون الثلاث بعد زوج آخر:

٩٨- **مسألة**: إذا أبانها بدون الثلاث فنكحت غيره ودخل بها ثم نكحها الأول فهل تعود معه على ما بقي من الطلاق الأول، أم على طلاق ثلاث؟

نقل أبو الحارث: تعود على ما بقي من طلاقها، ونقل حنبل: إن أصابها الثاني هدمت ما أوقعه من الطلاق ويعود على طلاق ثلاث.

وجه الأولى: وهو اختيار الخرقي وهي الصحيحة أنها إصابة ليست بشرط في الإباحة فوجب أن لا يقدح في العدد، أصله الإصابة في النكاح الفاسد ووطء السيد وهو إذا طلق زوجته الأمة ثم وطئها سيدها فإنه لما لم يكن شرطاً في الإباحة لم يؤثر في العدد.

ووجه الثانية: أنها إصابة من زوج ثانٍ فوجب أن تهدم ما وقع من الطلاق كما لو كان الطلاق ثلاثاً.

ما يقع من عدد الطلاق بلفظ: أنت طالق، لا بل أنت طالق:

٩٩- **مسألة**: إذا قال:أنت طالق لا بل أنت طالق، فهل تكون طلقة أم طلقتين؟ فنقل ابن منصور عن أحمد أنها طلقة واحدة وترجع إليه في الثانية. وبه قال أبو بكر.

ووجهه أن قوله: بل أنت طالق يحتمل العطف كما لو قال:وطالق، ويحتمل الإفهام والتأكيد كما قلنا فيه إذا قال: أنت طالق أنت طالق أنه يرجع إليه في الثانية هل أراد بها الإفهام لها كذلك هاهنا ولأنه لو قال:أنت طالق واحدة لا بل اثنتين وقعت به طلقتان. نص عليه أحمد في رواية ابن شاقلا، ولم يوقع

عليه الثلاث بل حكمنا ببقاء الأولة وزدنا عليها طلقة أخرى لأنه قد زاد باللفظ الثاني كذلك هاهنا.

يجب أن تبقى اللفظة الأولى ولا يكون قوله الثاني نفياً لها وإنما يكون إفهاما. وعندي يلزمه طلقتان لأن بل من حروف العطف فهو كما لو قال طالق وطالق ويفارق هذا إذا قال لها: أنت طالق طلقة بل طلقتين أنه يلزمه طلقتان لأن قوله: بل طلقتان لم ينف الأولى وإنما نفى الاقتصار عليها لأن الطلقة التي لم يقتصر عليها داخلة فيما استدركه فثبت أنه أراد الزيادة على ما أقر به ولم يرد نفيه ولا الرجوع عنه، وهذا المعنى معدوم في قوله: بل طالق، لأنه لما لم يذكر زيادة عدد علم أنه قصد نفي الأولى وإيقاع ثانية، والأولى لا تنتفي، فلهذا وقع به طلقتان، قال أبو بكر فإن قال: أنت طالق بل أنت طالق ونوى بالثانية طلقة أخرى فعلى قولين:

أحدهما: تقع اثنتان لأنه يحتمل العطف فقد نوى ما يحتمله اللفظة.

والثاني: لا يقع إلا طلقة لأن اللفظ موضوع للواحدة فلا يقع به زيادة فيكون إيقاعاً بالنية. ونظير هذه المسألة إذا قال: درهم بل درهم قال أبو بكر فيه قولان: أحدهما: يلزمه درهمان لأن بل من حروف العطف فهو كما لو قال: درهم ودرهم أو درهم ثم درهم.

والثاني: يلزمه درهم واحد ونرجع في قوله بل درهم إليه لأنه يحتمل العطف كالواو ويحتمل التفضيل يعني بل درهم خير منه ويحتمل الصفة يعني بل درهم لازم لي فرجع إليه في ذلك.

توجيه الطلاق إلى إحدى الزوجات على أنها الزوجة الأخرى.

١٠٠ - **مسألة**: في رجل له امرأتان زينب وعمرة فقال: يا زينب فقالت عمرة لبيك فقال: أنت طالق وقال: ما علمت أنها عمرة ولكني ظننتها زينب فطلقت هذه التي أجابتني ظناً مني أنها زينب ففيه روايتان:

إحداهما: يقع الطلاق بهما جميعاً أومأ إليه في رواية أحمد بن الحسين بن حسان فقد سئل عن رجل قال لخدم له رجال ونساء قيام: أنتم أحرار وكان

معهم أم ولد، فلما رآها قال: كأنك كنت هاهنا؟ كأنه لم يعلم، فقال: اختلفوا في شبه هذا في الطلاق إذا طلق امرأة فأجابت أخرى تطلق هذه بالاجابة وهذه بالتسمية أو قالوا بالإشارة قال:وهذا عندي أنها تعتق أم ولده فظاهر هذا أنه أوقع العتق والطلاق على الجميع.

والثانية: يقع طلاقه بالتي نواها لا غير نص عليه في رواية مهنى في رجل له امرأتان فقال: فلانة طالق والتفت فإذا هي غير التي حلف عليها. قال إبراهيم: يطلقان جميعا.

وقال الحسن تطلق التي نوى وأنا أقول: تطلق امرأته التي نوى.

وجه الأولى: أن التي أجابته زوجة واجهها بالطلاق فوقع عليها كما لو واجهها مع العلم بأنها عمرة ونوى بالطلاق زينب فإن الطلاق يقع عليهما بلا خلاف التي واجهها بالمواجهة والأخرى بالنية.

ووجه الثانية: وهو اختيار شيخنا أبي عبدالله أنه ما قصد طلاق من أجابته وإنما كانت المواجهة ظناً منه لغيرها فهو كما لو قال لأجنبية: أنت طالق يعتقدها زوجته فإن الطلاق يقع على من نواها وهي الزوجة كذلك هاهنا فإن نظر إلى أجنبية يعتقدها زوجته أو أمته فقال: أنت طالق أو أنت حرة طلقت زوجته وعتقت أمته، لأنه إذا عدمت الإشارة تعلق الكلام بالنية.وقد نص أحمد على هذا في رواية مهنى في رجل نظر إلى امرأة فقال لها أنت طالق ظناً منه أنها امرأته فقالت:ما أنا لك بامرأة تطلق امرأته التي نواها ونقل أيضاً في رجل نظر إلى عبد ظن أنه عبده فقال:يا غلام أنت حر فقال الغلام: ما أنا لك بعبد عتق عبده الذي نواه.

ونقل المروزي في رجل لقي امرأة في الطريق فقال لها: تنحي يا حرة فإذا هي أمته عتقت عليه.قال أبو بكر: قد أطلق القول في رواية المروذي بالعتق من غير نية، وقد نص على اعتبار النية في رواية مهنى، وعليه العمل، قال لأنه لا خلاف أنه إذا أراد أن يقول لزوجته أو لأمته:اسقيني ماء، فسبق لسانه فقال: أنت طالق أو أنت حرة لم يقع الطلاق والعتاق وكذلك هاهنا.

تحليف الزوج إذا انكر الطلاق:

١٠١- **مسألة**: إذا ادعت عليه الطلاق فأنكره أيحلف أم لا؟

فنقل أبو طالب: إذا طلق امرأته وجحدها وليس لها بينة تستحلفه.

ونقل ابن القاسم وغيره لا يستحلف في الطلاق والنكاح.

ووجهة هذه الرواية: أن الطلاق من حقوق النكاح التي ليست بمال، فيجب أن لا يستحلف فيها كما لو ادعى الزوج الفيئة في الإيلاء والعنة. وكما لو ادعى زوجيتها وأنكرته، فإنه لا تستحلف في ذلك كذلك الطلاق، ولأنه لو نكل عن اليمين لم يقض عليه بالنكول فلا معنى لليمين.

ووجه ما نقله أبو طالب: أن الطلاق يصح بذلك فيجب إذا أنكره أن يستحلف كالمهر، ويفارق هذا النكاح والفيئة في الإيلاء والعنة، لأن تلك الأشياء لا يصح بذلها، فلم يستحلف فيها، كالحدود، وقال أبو بكر: وعلى الروايتين جميعا لا يقضى في ذلك بالنكول، وإنما يكون معنى اليمين الردع والزجر عن الجحود، فإن ادعت المطلقة انقضاء العدة (في زمن يمكن) وكذبها الزوج وقال: العدة باقية على الرجعة فالقول قولها، وهل يحلف مع ذلك؟

قال الخرقي فلو قال: ارتجعتك، فقالت: انقضت عدتي قبل رجعتك، فالقول قولها مع يمينها إذا ادعت من ذلك ممكنا، فقد أوجب اليمين عليها وظاهر كلام أحمد- رحمه الله- أن القول قولها بغير يمين، لأنه قال في رواية مهنى في رجل زوج أمته فدخل بها الزوج وطلقها واحدة ثم قال: ارتجعتك فأنكرت، فالقول قول الأمة، وكذلك نقل ابن منصور فيمن طلق امرأته طلقة فانقضت عدتها فادعى مراجعتها فالبينة وإلا فهي أملك بنفسها فقد جعل القول قولها، ولم يذكر يمينا.

ووجه قول الخرقي: أنها لو ادعت الطلاق وأنكره استحلف الزوج، كذلك إذا ادعت انقضاء العدة وأنكر الزوج أن يستحلف لأنها في هذه الحال تدعي برفع النكاح كما تدعي عليه الطلاق. وهو رفع النكاح.

ووجه الثاني وأنها لا تستحلف في ذلك وهو المذب: أن الرجعة لا يصح

بذلها، وما لا يصح بذله لا يستحلف فيه، كالحدود والفيئة والعنة والإيلاء ودعوى النكاح.

فإن ادعت عليه انقضاء مدة الإيلاء وأنكر الزوج، فالقول قول الزوج، لأن الأصل أنها ما انقضت، وهل يحلف مع ذلك؟ قال الخرقي- رحمه الله-: يحلف، وقال أبو بكر في كتاب الخلاف: لا يحلف.

ووجه قول الخرقي: أنها في هذه الحال تدعي برفع النكاح. كما تدعي عليه الطلاق، وذلك يوجب اليمين، كذلك هاهنا ولأنهما لو اختلفا في المهر كان القول قولها مع يمينها كذلك هاهنا.

ووجه ما قاله أبو بكر- وهو أصح- أن اختلافهما في بقاء المدة هو اختلاف في بقاء النكاح وزواله وبذل النكاح لا يصح، فيجب أن لا يستحلف فيه، فهو كما لو ادعت نكاحه وأنكرها، أو أدعى نكاحها وأنكرت فإنه لا يمين في ذلك كله.

فإن اختلفا في الإصابة وهي ثيب أو في مدة العنة فقال الخرقي: القول قول الزوج مع يمينه والوجه فيه ما تقدم إذا كان الاختلاف في انقضاء المدة وانقضاء العدة وقياس المذهب أن القول قوله بغير يمين لأن الوطء لا يصح بذله وما لا يصح بذله لا يستحلف فيه بدليل الاختلاف في أصل النكاح.

نكاح الرجعية إذا روجعت في العدة ولم تعلم فتزوجت بعد انقضائها:

١٠٢- مسألة: إذا ارتجعها في العدة وهي لا تعلم برجعته فلما قضت العدة نكحت من أصابها فهل يبطل نكاح الثاني؟

نقل الخرقي روايتين: إحداهما يبطل نكاح الثاني وترد إلى الأول، والثانية: يبطل نكاح الأول ويصح نكاح الثاني وبالأول قال علي[(١)] وبالثانية

(١) مصنف عبدالرزاق- كتاب الطلاق- باب من ارتجعت فلم تعلم حتى نكحت ٣١٣/٦ رقم ١٠٩٧٩- ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب الطلاق- باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته فيعلمها الطلاق ثم يراجعها ولا يعلمها الرجعة حتى تزوج ١٩٤/٥ و١٩٥.

قال عمر[1]- رضي الله عنها- ووجه الأولى- وهي الصحيحة- أنه إذا ثبت أنه راجعها حكمنا بأنها زوجته بدليل أن الثاني لو لم يدخل بها ردت إلى الأول، فإذا كان كذلك وجب أن يكون الثاني باطلاً، ولأن الثاني إذا نكحها بعد رجعة الأول كان النكاح فاسداً وكان الثاني محرماً، والوطء الحرام لا يصح به النكاح الفاسد، ولا يبطل به النكاح الصحيح يبين صحة هذا إذا زوج الوليان ودخل بها الثاني فإنه لا يبطل بدخوله نكاح الأول، كذلك هاهنا.

ووجه الثانية- مع ضعفها- أن العقدين قد تساويا، لأن كل واحد منهما عقده وهو ممن يجوز له العقد في الظاهر، لأن الزوج عقد وله العقد والمرأة عقدت بعد الرجعة وهي تظن أن لها العقد لعدم العدة ومع الثاني مزية وهو الدخول الذي يتعلق به وجوب المهر والعدة ولحوق النسب فقدم لأجل هذه المزية.

الإشهاد على الرجعة:

١٠٣- مسألة: الإشهاد في الرجعة هل هو شرط أم لا؟

نقل مهنى إذا راجع يشهد على الرجعة. قيل: فإن لم يشهد يضره؟ قال: نعم.

ونقل ابن منصور: إذا راجع ولم يشهد حتى انقضت العدة فهي رجعة.

ووجه الأولى: أنه استباحة بضع مقصود في عينه فوجب أن يكون من شرطه الشهادة كالنكاح.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة- وهي اختيار أبي بكر: أنه عقد ليس من شرطه الولي فلم يكن من شرطه الشهادة كالبيع ولأن الوطء رجعة رواية واحدة فلو كان الإشهاد شرطاً لم يثبت حكم الرجعة بغير ذلك.

فإن قلنا: أن الإشهاد شرط فاشهد وتواصوا بكتمان الرجعة فهل تصح الرجعة أم لا؟

---

(١) موطأ مالك- كتاب الطلاق باب عدة التي تفقد زوجها ٥٧٦/٢ ومصنف عبدالرزاق الباب السابق ١٠٩٧٧/٣١٣/٦ و١٠٩٧٩ و١٠٩٨٠ ومصنف ابن أبي شيبة في الباب السابق ١٩٥/٥

فنقل أبو طالب إذا طلق زوجته وراجعها واستكتم الشهود حتى انقضت العدة فرق بينهما ولا رجعة له عليها فقد نص على إبطال الرجعة وقال في النكاح إذا تواصوا بكتمانه: يصح فالمسألة على روايتين في الرجعة والنكاح جميعا وقد ذكرت الوجه لكل رواية في مسائل النكاح.

إباحة الرجعية في العدة:

١٠٤- مسألة: الرجعية هل هي مباحة أم محرمة؟

فقال في رواية أبي الحارث: تتشوف له ما كانت في العدة.

وفي رواية أبي طالب: لا تحتجب عنه، وظاهر هذا أنها مباحة.

وقال في رواية أبي داود: أكره أن يرى شعرها. فظاهر هذا أنها محرمة.

وكان شيخنا أبو عبدالله يحكي في ذلك روايتين. فإن قلنا: إنها مباحة وهو المذهب فوجهه أن العدة من الطلاق الرجعي مدة تتعلق بقول الزوج يمكنه رفع حكمها بغير عقد جديد فوجب أن لا يحرم الوطء فيها بذلك القول وهو الإيلاء وفيه احتراز من البائن ومن إسلام الحربي والحربية.

ووجه الثانية: أنها مطلقة فوجب أن تكون محرمة كالمختلعة، والجواب أن تلك لا يمكنه دفع تلك المدة إلا بعقد جديد وهذه يمكنه دفعها بغير عقد جديد.

حل المبتوتة لزوجها الأول بنكاح الخصي:

١٠٥- مسألة: في المبتوتة إذا تزوجت بخصي هل يحلها لزوجها الأول أم لا؟

فنقل مهنى عنه في خصي غير مجبوب تزوج امرأة ثم طلقها فإنها تحل لزوجها الأول إذا كان ينزل والخصي ينزل إذا كان غير مجبوب.

ونقل عنه أبو طالب في المرأة تتزوج بالخصي تستحل به قال: لا حتى تذوق العسيلة.

قال أبو بكر: الذي أقول به ما نقله مهنى لأنه يجامع جماع الفحل وأشد ألا أنه لا ينزل فيضعف ولا يفتر، ويمكن أن تحمل مسألة أبي طالب على أنه كان مجبوباً فإنه لا يحلها لعدم الوطء من جهته.

متناع المولى من الفيئة والطلاق بعد مضي المدة:

١٠٦ - مسألة: إذا آلى من زوجته ولم يف حتى مضت المدة وامتنع من الفيئة بعد ذلك ومن الطلاق فهل يطلق عليه الحكم؟

على روايتين:

نقل الأثرم وأبو طالب وحبيش وصالح تطلق عليه.

ونقل صالح في موضع آخر وإسحق بن إبراهيم:لا تطلق عليه ولكن يضيق عليه ويلزم أن يطلق هو فأما الحاكم فلا يطلق عليه.

ووجه الأولى: وهيْ الصحيحة، أنه حق تدخله النيابة لمستحق معين فإذا امتنع من هو عليه من الإيفاء كان للسلطان الاستيفاء كالدين.

ولا يلزم عليه إذا أسلم وتحته عشر نسوة فلم يختر أن الحاكم لا يملك الاختيار لأن الحق غير متعين ولأنها مدة يرفعها الوطء تتعلق بها الفرقة فكان للحاكم أن يوقع تلك الفرقة أصله مدة العنة.

ووجه الثانية: قوله تعالى:﴿وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم[١]﴾. فاخبر إن عزم الطلاق إليه، ولأن الزوج مخير بين الفيئة وبين الطلاق، وما كان مخيراً فيه لم يكن معيناً والحق إذا لم يكن معيناً لم يكن للحاكم أن يستوفيه كما لو أسلم وتحته عشر نسوة كان مخيراً بين إمساك اربع ومفارقة البواقي فلو امتنع لم يجبره الحاكم على ذلك كذلك هاهنا.

فإذا قلنا: أن الحاكم يطلق عليه فهو مخير بين أن يفسخ النكاح وبين أن يطلق فإن فسخ فهل يجوز له مراجعتها بعقد مبتدأ أم تحرم على التأبيد؟ فقال في رواية أبي طالب: إذا فرق بينهما لم يكن طلاقاً وإنما هو فسخ فإن أراد مراجعتها فإنها تكون على ثلاث بمنزلة الأمة إذا خيرت وبمنزلة العتيق إذا أرادت المرأة أن تراجعه وإذا كانت الفرقة من اللعان لم يتراجعا أبدا فقد نص على أن له الرجعة بنكاح وأنها تكون معه على طلاق ثلاث ففرق بينه وبين اللعان في الرجوع.

---

(١) سورة البقرة (٢٢٧).

وقال أبو بكر في فرقة الحاكم قولان:أحدهما: أنها تحل له لا فرق بينه وبين اللعان والرجوع. والثاني: لا تحل له لعاناً كان أو غيره واختار ذلك. وقال شيخنا أبو عبدالله- رحمه الله-:المذهب على الروايتين في فرقة اللعان فإنما في فرقة المولى والعنين وخيار المعتقة والمطلقة في العدة فإنه قد نص في رواية أبي طالب على جواز العقد عليها وفرق بين ذلك وبين اللعان. والفرق بينهما أن فرقة اللعان آكد من فرقة العتيق والمولى ألا ترى أنه إذا وجد سبب الفرقة وهو اللعان منع من المقام على العقد ولو وجد سبب فرقة العنين والمولى وهو ثبوت المطالبة بالطلاق من جهة الحاكم بعد الاجل لم يمنع ذلك من البقاء على النكاح إذا اتفقا عليه؟ فجاز إذا وجدت الفرقة من جهة الحاكم في اللعان أن تقع مؤبدة وإذا وجدت الفرقة هاهنا أن لا تقع مؤبدة،فهذا الحكم فيه إذا فسخ فأما إن طلق فله أن يطلق ثلاثاً وله أن يطلق واحدة فإن طلق ثلاثاً لم تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره وإن طلق واحدة فهل تكون بائناً أم رجعية فقال في رواية حبيش بن شندي:إن أبي أن يطلق طلق الحاكم عليه ولا تكون له رجعة.وقال أبو بكر:إن كان الطلاق من الحاكم او الزوج فهو طلاق يملك الرجعة. قال:ولأبي عبدالله قول آخر أن الطلاق إذا وقع بحضرة الحاكم لم يملك الرجعة إلا باستئناف نكاح لأنه طلاق بائن.قال:وبالأول أقول.

وجه من قال:أنه رجعي أنه طلاق مجرد صادف عدة من غيراستيفاء العدد، فكان رجعياً دليله لو كان الزوج هو المطلق.

ووجه من قال:إنها بائن أنها فرقة من جهة الحاكم فكانت بائناً دليله فرقة العنين والاعسار بالنفقة وعكسه الزوج لما لم يكن من جهته لم يكن بائناً.

أمد المولي من اكثر من زوجة أو من زوجة واحدة في أكثر من موقف:

١٠٧- مسألة: إذا كان له أربع نسوة فقال:والله لا أقرب واحدة منكن فإنه مولى عنهن كلهن، فإن طالب جميعهن بالأجل في وقت واحد وقف لهن أجل واحد،وإن تأخرت مطالبة بعضهن عن بعض،فطالبت إحداهن بالوقف عقب اليمين وطالبت الأخرى بالوقف بعد شهر فهل يوقف لهن وقفة واحدة وهو من وقت مطالبة الأولى أو لكل واحدة منهن وقفا من وقت مطالبتها؟

قال أبو بكر في كتاب الشافي: فيها روايتان:

إحداهما: يوقف وقفاً واحداً: وهو ظاهر كلام أحمد - رحمه الله - في رواية ابن القاسم لأنه قال إذا آلى من جماعة نسائه أو من امرأة واحدة في مقاعد شتى فإنما يوقف للنسوة جميعاً فقوله: يوقف للنسوة جميعاً ظاهره يقتضي وقفاً واحداً لأنه جعل حكم الإيلاء من الجماعة حكمه لو آلى من امرأة واحدة دفعات شتى.

وقال أبو بكر: وقد روى عنه أنه يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها بالوقف إذا اختلفت مطالبتهن.

ووجه الأولى: أنه إيلاء تلفظ به واحد فكان فيه أجل واحد، دليله لو آلى من امرأة واحدة لأنه لو قذف جماعة بكلمة واحدة كان عليه حد واحد ولعان واحد كذلك هاهنا.

ووجه الثانية: وهو اختيار أبي بكر أنه آلى من جماعة نسائه فوجب أن يكون ابتداء الوقف من وقت المطالبة من كل واحدة منهن. دليله لو أفرد كل واحدة منهن بالإيلاء ولأن هذا يجري مجرى الظهار من جماعة والقذف لجماعة فما ذكرنا في ذلك الموضع فهو أصل هاهنا.

مدة الإيلاء للعبد:

١٠٨ - مسألة: إذا آلى العبد من زوجته فهل تضرب له مدة الحر؟

نقل الأثرم وابن منصور: انه كالحر يتربص أربعة أشهر. ونقل مهنى الاعتبار بالرجل إن كان عبداً فالمدة شهران، وإن كان حراً فالمدة أربعة أشهر، فوجه هذه الرواية أن الإيلاء كان طلاقاً في الجاهلية - فنقل في شرعنا إلى الإيلاء ثم ثبت أن المنقول عنه يختلف بالرق والحرية كذلك المنقول إليه.

ووجه الأولى: أنها مدة يرفعها الوطء فوجب أن يستوي فيها الحرة والأمة كمدة العنة ولأن مدة الإيلاء إنما ضربت للمولى لأنه قصد الاضرار بها في الامتناع من وطئها بعقدين، وقد حكي عن عمر أنه استخبر عن قدر صبر

النساء عن الرجال فقلن أربعة أشهر[1] وإذا كان التحديد بالأربعة لهذا المعنى فالحرة والأمة فيه سواء.

الإيلاء من الرجعية:

١٠٩- **مسألة**: إذا آلى من الرجعية فهل يصح الإيلاء؟

فنقل ابن منصور: إذا آلى منها وقد طلقها واحدة فهو مولى.

ونقل الميموني عنه: هل يتبع الطلاق الإيلاء؟ قال: كيف يتبعه، قد منعه الطلاق من الجماع. قيل له: طلاق يملك الرجعة فقال: هل لها أن ترافعه وهي منه طالق؟ أليس يقال له[2] فيء وهي طالق؟ أرأيته إن لم يرد مراجعتها وتركها حتى تنقضي عدتها أليس تذهب منه؟ قال الشيخ أبو عبدالله: المسألة على روايتين: إحداهما. يصح الإيلاء وهو اختيار أبي بكر- وهو أصح- لأنها في حكم الزوجات فهي كالزوجة ولأن الإيلاء كان طلاق الجاهلية فغير حكمه إلى التربص والوقف فلما كانت الرجعية في حكم ما انتقل عنه كغير الرجعية فيما انتقلت إليه فوجب ان تكون الرجعية كذلك.

ووجه الثانية: أنه إيلاء بعد طلاق فلا يصح دليله الطلاق الثلاث.

فيئة العاجز عن الوطء إذا قدر عليه:

١١٠- **مسألة**: إذا كان المولى عاجزاً ففاء فيئة المعذور ثم قدر على فيئة القادر، هل يطالب بالفيئة أم لا؟.

فنقل الخرقي: والفيئة الجماع أو يكون له عذر من مرض أو جزام أو شيىء لا يمكن معه الجماع فيقول متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله: فيئة للعذر فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق. فقد نص على أنه يطالب بالفيئة فأما أن يفيء أو يطلق وقد أومأ إليه في رواية حنبل رحمه الله: إذا فاء بلسانه وأشهد على

(١) لم أقف على هذا الأثر.

(٢) كذا في الأصل، ولعل الصواب: أيقال له؟

ذلك كان فيئة ومعنى قوله:أشهد يريد أنه أشهد على ما به من العذر أنه لو كان قادراً أو قدر على ذلك فعل.

وقال أبو بكر- رحمه الله-:إذا فاء بلسانه حال العذر سقط عنه الإيلاء ولم تلزمه الفيئة بالجماع عند القدرة عليه ذكره في كتاب الخلاف وتعلق بظاهر كلام أحمد في رواية مهنى:إذا آلى من إمرأته وهو غائب عنها بينه وبينها مسيرة أربعة أشهر أو تكون صغيرة أو رتقاء أو حائضاً فيريد أن يفيء يجزيه أن يفيء بلسانه وبقلبه إذا كان لا يقدر عليها والفيء ماضي وقد سقط عنه الإيلاء.ومعنى قول أحمد:قد سقط عنه الإيلاء يعني في الحال بمعنى لا يملك المطالبة بالطلاق حال العذر ولم يرد بذلك أنه قد سقط في حال القدرة وهذا مثل الشفيع إذا طالب مطالبة المعذور وهو إذا كان غائباً فإنه يشهد على مطالبته وإذا قدر على الاستيفاء طالب مطالبة القادر وهو مطالبة المشتري وحضر منه فإن فعل وإلا بطلت شفعته كذلك هاهنا.

الإيلاء بعد الظهار وعكسه:

١١١- مسألة: إذا ظاهر منها ثم آلى أو آلى ثم ظاهر، فهل يصح الثاني منهما؟

فنقل مهنى في رجل حلف لا يقرب امرأته سنة فلما كان بعد أربعة أشهر قال لها: أنت علي كظهر أمي ثم قربها يكون عليه الإيلاء وكفارة الظهار فتكون كفارتان فقد نص على اجتماعها.

ونقل الميموني عنه أنه سئل عن قول علي:لا يدخل ظهار على إيلاء ولا إيلاء على ظهار[1]. كأنه آلى ثم ظاهر منها:لم يلزمه الظهار، فقال: نعم قيل له: فإن ظاهر ثم حلف بالله عز وجل أن لا يطأها لم يدخل عليه إيلاء في وقت من الأوقات قال: كذا هو على ظاهره.

قال الميموني: هو مذهب أبي عبد الله وقد كتبته، وقد أومأ أبو بكر أن المسألة على روايتين:

(١) لم أجد هذا الأثر.

إحداهما: يجتمعان- وهو الصحيح-

والثانية: لا يجتمعان- وهو قول علي- ووجهه أن الظهار يوقع تحريماً في الزوجية فمنع من صحة الإيلاء بعده كالطلاق ولأن الإيلاء كان طلاقاً في الجاهلية فنقل في شرعنا إلى الإيلاء ثم ثبت أن المنقول عنه يمنع صحة الظهار بعده كذلك المنقول إليه يجب أن يمنع وإذا قلنا:يجتمعان وهو الصحيح فوجهه أنه إن ظاهر ثم آلى فقد صادف الإيلاء زوجية تامة فصح كما لو لم يكن ظاهر منها وإن كان قد آلى ثم ظاهر صح لأن الظهار صادف زوجية تامة فهو كما لو لم يكن مولياً منها.

سقوط حكم الإيلاء بالوطء المحرم:

١١٢- مسألة: هل يخرج بالوطء المحرم من حكم الإيلاء مثل الوطء في الحيض والنفاس والإحرام والصيام؟

قال أبو بكر- في كتاب الخلاف-: قياس المذهب أنه لا يخرج به من حكم الإيلاء لأنه وطء مستحق.

فإذا وقع على وجه محظور لم يؤثر، دليله الإباحة للزوج الأول والاحصان.

قال: ويحتمل أن يخرج به من حكم الإيلاء وفرق بين هذا وبين الوطء في الإباحة فإن الإباحة حق لله تعالى ولا يقع إلا على وجه مباح وهاهنا الحق فيه للزوجة فجاز أن يقع على وجه غير مباح.

قال: والأول أجود فإن وطئها في حال جنونه خرج به من حكم الإيلاء ذكره أبو بكر لأن القصد لا يمنع الخروج به من حكم الإيلاء. ألا ترى أنه لو كان له زوجتان فآلى من إحداهما بعينها ثم وجدها على فراشه يعتقدها غير التي آلى منها خرج من حكم الإيلاء لوجود الإصابة وإن كان القصد مفقوداً، وهل يحنث بهذا الوطء في حال جنونه؟.

قال أبو بكر: يحنث ويجب عليه الكفارة لأنه لما خرج من حكم الإيلاء وجب أن يحنث وتجب عليه الكفارة.

وقال شيخنا أبو عبد الله: لا يحنث، لأن الحنث يفتقر إلى قصد أو إلى من

هو من أهل القصد، لأنه يتعلق به حق الله تعالى فاعتبر فيه القصد، ويفارق هذا الخروج من الإيلاء لأنه لا يفتقر إلى القصد لما بينا.

سقوط حكم الظهار بشراء المظاهر منها:

١١٣- مسألة: إذا ظاهر من زوجته الأمة ولم يكفر حتى ملكها فهل تعود يمين الظهار في حقه؟

قال الخرقي: تعود ولا يطأها حتى يكفر كفارة الظهار.

وقال أبو بكر في كتاب الخلاف: تسقط يمين الظهار ويفسخ النكاح فإن وطئها كان عليه كفارة يمين. فعلى قوله يجوز له وطؤها قبل الكفارة، ولعله يحتج فيه بأن الكفارة تجب بالعود والعود هو العزم على الوطء في زوجته وهاهنا قد عاد في غير زوجته فلهذا لم يجب عليه كفارة الظهار. والصحيح ما قاله الخرقي وأن اليمين تعود ولا يجوز له الوطء حتى يكفر كفارة الظهار. لأنه لا خلاف عن أحمد أنه لو طلقها قبل أن يعود ثم تزوجها عادت اليمين ولم يجز له وطؤها حتى يكفر، فنص عليه في رواية مهنى، وابن القاسم، فإذا كان ذلك في الطلاق فكذلك هاهنا ولأنه لو طلقها ثلاثاً وهي زوجة أمة ثم ملكها فانفسخ النكاح لم يبح له وطؤها حتى تنكح زوجاً غيره. نص عليه في رواية الميموني، فأجرى حكم الوطء بملك اليمين حكم الوطء بعقد النكاح، ولأن على قول أبي بكر تنقلب يمين الظهار إلى حكم اليمين بالله عز وجل لأنه يوجب عليه كفارة يمين ولا نجد في الأصول أن يمين الظهار ينقلب حكمها إلى حكم اليمين بالله عز وجل.

إلزام المظاهر بالفيئة أو الطلاق إذا مضت مدة الإيلاء ولم يطأ:

١١٤- مسألة: إذا ظاهر من زوجته فأخر العود حتى مضت أكثر من أربعة أشهر هل يكون مولياً؟.

فنقل أبو طالب عنه في رجل قال: إن قربت امرأتي فهي عليَّ كظهر أمي، فلا يقربها حتى يكفر كفارة الظهار. قيل له فلا يدخل عليه إيلاء إن تركها؟

قال: لا، إنما يدخل الإيلاء على من حلف بالله» فقد نص على أنه لا يكون مولياً، ونقل ابن منصور إذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمي إن وطئتك سنة» فجاءت تطالب لم يكن له أن يعضلها بعد مضي الأربعة، فأما أن يفيء فيطأ ويكون عليه كفارة الظهار أو يطلق وأن أبى وأرادت فراقه طلق عليه الحاكم فظاهر هذا أنه أوقفه بعد المدة ليفيء أو يطلق، وهذا الكلام لم يرجع إلى أن يكون مولياً لأن الإيلاء على أصله لا يكون بغير اليمين بالله عز وجل فإنما ذلك راجع إلى أصل آخر وهو أن الزوج إذا امتنع من وطء زوجته بقصد الاضرار بها تضرب له المدة كما تضرب للمولى فأما أن يطأ أو يطلق والدلالة على أنه لا يصير مولياً أنه لفظ يوقع تحريماً في الزوجية فوجب أن لا يكون إيلاء كالطلاق ولأن المولى من لا يمكنه الفيئة بعد التربص إلا بضرر ولا ضرر عليه في الفيئة هاهنا، لا في المدة ولا بعدها، لأن الكفارة لا تجب بالفيئة وإنما وجبت بالعود فإذا لم يكن عليه ضرر في جماعها لم يكن مولياً.

الظهار من الأمة وما يجب فيه:

١١٥- مسألة: إذا ظاهر من أمته لم يصح الظهار منها رواية واحدة.
وهل تجب كفارة الظهار أم كفارة اليمين؟
على روايتين: نقل حنبل والأثرم وأبو داود: لا يصح الظهار وفيه كفارة يمين وهو المذهب الصحيح.

ونقل أبو طالب: إذا ظاهر من أم ولده لم يكن في الأمة ظهار ولكن حرام ويكون عليه الكفارة، قيل له: كفارة الظهار. قال: نعم. قال أبو بكر: كل من روي عنه في الأمة ليس عليه فيها كفارة الظهار وإنما هو كفارة يمين، إلا ما روى أبو طالب عنه أن عليه كفارة الظهار ولا يتوجه على مذهبه لأنه لو كانت عليه كفارة الظهار لكان مظاهراً والظهار من الأمة تحريم، فالوجه في أنه لا يصح الظهار منها أن الظهار تحريم والتحريم لو كان في ابتداء الملك لم يمنع صحة الملك بدليل أنه يملك أخته من الرضاع لذلك إذا طرأ عليه لم يؤثر فيه ويفارق هذا الزوجة لأن التحريم لما منع صحة النكاح إذا قارنه فإذا طرأ

عليه صح أن يؤثر فيه التحريم فإذا لم يصح الظهار منها وهو من أهل الظهار لم يجب كفارة الظهار ولا يلزم عليه المرأة إذا قالت لزوجها: أنت عليَّ كظهر أبي أنه يلزمها كفارة الظهار وإن لم يصح منها الظهار لأنها ليست من أهل الظهار والسيد هاهنا من أهله بدليل أنه لو ظاهر من زوجته صح ووجبت كفارة يمين لأنه لفظ يوقع تحريماً فهو كما لو قال أنت عليَّ حرام أو حرم ماله فإنه يجب عليه كفارة يمين كذلك هاهنا.

ووجه من قال: تجب كفارة الظهار يقول: هذا اللفظ يوجب كفارة فاستوى في تلك الكفارة الحراير والإماء كقوله: أنت عليَّ حرام، أو والله لا وطئتك، ولأن أكثر ما فيه أنه لم يصح الظهار منها وهذا لا يمنع إيجاب كفارة الظهار بدليل أن المرأة إذا قالت لزوجها: أنت عليَّ كظهر أبي وجب عليها كفارة الظهار وإن لم تكن مظاهره كذلك هاهنا.

ثبوت حكم الظهار على من شبه زوجته بظهر أبيه أو ظهر رجل:

١١٦- مسألة: إذا قال: أنت عليَّ كظهر أبي أو ابني أو أخي. فهل يكون مظاهراً؟.

نقل الميموني وحنبل: إذا قال: أنت عليَّ كظهر أبي أو ظاهر من رجل فقال: ظهر الرجل حرام. عليه كفارة الظهار.

ونقل ابن القاسم: إذا قال: انت عليَّ كظهر أبي فهو بعيد لا أراه ظهاراً ولا شيىء عليه، قال أبو بكر: المسألة على قولين: أحدهما: لا يكون الظهار إلا من النساء من ذوات المحارم وأما الرجال فلا. قال:- وهو الصحيح-

والثانية: يكون مظاهراً بذلك.

ووجه الأولى: أن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فغير وما كانت تطلق وحدهن الأباء[1] ولأنه شبهها بجنس لا يتعلق به تحريم ولا إباحة فلم يكن صريحاً ولا كناية.

(١) هكذا في الأصل ولعل الصواب: وما كانت تطلق الأباء، أي ما كان يقع عليهم طلاق».

ووجه الثانية: أنه شبهها بمن ظهره محرم عليه فيجب أن يكون ظاهراً دليله لو شبهها بظهر أمه.

ثبوت حكم الظهار لمن شبه زوجته بأجنبية أو بائن:

فإن شبهها بظهر امرأة أجنبية أو مطلقة بائن، فهل يكون مظاهراً فنقل صالح عنه في الرجل يقول لامرأته؟ أنت عليَّ كظهر أجنبي، أو كظهر امرأة أجنبية، فقال: إن ظاهر بذات محرم فهو ظهار. وكذلك نقل الميموني: إنما كره ظهار الأم لأنها حرام فظاهر هذا أنه لا يكون مظاهراً من الأجنبية.

قال أبو بكر في كتاب التنبيه: يكون مظاهراً قال: وقد نقل عنه في أحد أقاويله الظهار من النساء اللاتي لا تحل له بحال وقال الخرقي: يكون مظاهراً.

ووجه الأولى: في أنه لا يكون مظاهراً وهو اختيار شيخنا ابن عبد الله- رحمه الله إن الله تعالى خص الأمهات به ولأنها غير محرمة عليه على التأبيد وإنما هي حرام لعارض ثم يزول العارض، وتحريم الظهار على التأبيد.

ووجه من قال: يصح الظهار قال: أمرض الكلام إذا شبهها بظهر مطلقة ثلاثاً فأقول: قد شبهها بمن لا يستبيح النظر إلى ظهرها فأشبه لو شبهها بظهر أمه. ولأنه إذا شبهها بالأجنبية فقد قصد تشبيهها بالحالة التي هي محرمة عليه فلا فرق بين أن يستديم ذلك التحريم أو يزول ألا ترى أن الظهار المؤقت يصح وهو أن يقول: أنت عليَّ كظهر أمي اليوم فيصح في ذلك اليوم ثم يزول كذلك هاهنا أكثر ما فيه أنه شبهها بمن لا يستديم تحريمها فلا يمنع ذلك من صحة الظهار.

الظهار بلفظ التحريم:

١١٧- مسألة: إذا قال أنت عليَّ حرام هل هو صريح في الظهار؟ أم كناية فيه وفي غيره من الظهار واليمين؟

فنقل عبد الله: إذا قال لزوجته: أنت عليَّ حرام ونوى بهذا الطلاق. فقال: نوى أم لم ينو كفّر كفارة الظهار، وكذلك في رواية أبي عبد الله النيسابوري:

إذا قال: أنت عليَّ حرام أريد به الطلاق، فقال قد كنت أقول:أنها طلاق يكفر كفارة الظهار فظاهر هذا أنه قد رجع عنه وكذلك نقل صالح إذا قال: أنت عليَّ حرام يجب عليه كفارة الظهار عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً والناس مختلفون فيه فظاهر هذا أنه صريح في الظهار.

ونقل الميموني عنه إذا ظاهر من أكل حرام كالميتة، والدم، وما حرم عليه، فعليه كفارة يمين، فظاهر هذا أنه لم يجعله ظهاراً وواجب فيه كفارة يمين وقال أيضاً في رواية البغوي ومحمد بن عبد الرحمن الشامي من ولد شامة بن لؤي: إذا قال لها أمرك بيدك فقالت: أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فظاهر هذا أنه جعله كناية في الطلاق لأنه أبانها منه بهذا القول. ونقل أبو طالب وحرب عنه:إذا قال: ما أحل الله عليَّ حرام والحل عليَّ حرام أعني به الطلاق فهو طلاق ثالث وإن قال:أعني به طلاقاً فهو واحدة.فظاهر هذا أنها كناية في الطلاق لأن قوله أعني به الطلاق أخبار عما في نيته حكم بنيته وجعله ثلاثاً إذا قال أعنى به الطلاق لدخول الألف واللام عليه وإذا قال أعني به طلاقاً جعله واحدة إذا لم يدخل الألف واللام فعلى هذه الرواية إن نوى به طلاقاً أو ظهاراً كان ما نواه، وإن نوى تحريم عينها لم تحرم ويكون عليه كفارة يمين وإن أطلق وجب كفارة يمين وليس يميناً.

ووجه الأولى: وهي اختيار الخرقي أنه لفظ موضوع للتحريم يقصد به تحريم الزوجة فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهر أمه ولا يلزم عليه الطلاق لأنه لا يقصد به التحريم وإنما يقصد به زوال الملك ثم يتعقبه التحريم ويبين صحة هذا أن الرجعية مباحة وإن كان الطلاق قد وجد فيها وإذا قال لأمته: أنت عليَّ حرام لزمه كفارة لأجل لفظه الحرام ولأنه يوقع تحريماً في الزوجة فلم يقف على لفظه كطلاق ولأن أكثر ما فيه أنه لم يثبت له عرف الشرع وهذا لا يمنع كما لو شبهها بيد أمه أو برجلها.

ووجه الثانية ـ أن الله تعالى خص الأمهات به بقوله: ﴿الذين يظاهرون

منكم من نسائكم ما هن أمهاتهم﴾[1] ولأن هذه اللفظة قد تستعمل في عين الزوجة ويكون موجبها كفارة يمين وهو إذا حرم أمته لم يكن صريحاً في الظهار كاليمين بالله تعالى ولأن قوله: أنت حرام تحتمل حراماً بالطلاق لأن الطلاق يوجب تحريماً ويحتمل حراماً بالظهار ويحتمل حراماً بفسخ النكاح وإذا احتمل التحريم بالظهار وغيره لم يكن صريحاً فيه ويفارق هذا قوله: أنت عليَّ كظهر أمي، لأن تلك اللفظة قد ثبت لها عرف الشرع فهذا حكمه إذا أطلقه فأما إن عدل به عن ظاهره إلى الطلاق بقرينة متصلة فقال: أنت عليَّ حرام أعني به الطلاق كان طلاقاً نص عليه في رواية أبي طالب وحرب: ولو كانت القرينة غير متصلة فقال: أنت عليَّ حرام وسكت ثم قال: عنيت به الطلاق فهل يكون طلاقاً فهو على ما مضى من الروايتين. وليس يمتنع مثل هذا ألا ترى أنه لو قال لزوجته: والله لا وطئتك والله لا جامعتك فإن ظاهره وإطلاقه يقتضي اليمين فيكون مولياً ولو عدل به عن ظاهره إلى غير اليمين؟ فإن كان ذلك بقرينة متصلة فقال: والله لاوطئتك برجلي والله لاجامعتك بجسمي في بيت لم يكن مولياً ولو أطلق القول ثم قال: عنيت به لاوطئتك برجلي ولا جامعتك بجسمي في البيت لم يقبل منه كذلك هاهنا إن وصل القرينة قبل منه وإن فصلها لم يقبل منه وكان ظهاراً فإن قال: أنت عليَّ كظهر أمي ووصله بقرينة فقال: أعني به الطلاق لم يكن طلاقاً نص عليه في رواية أبي جعفر محمد بن يحيى المتطبب فيمن قال: أنت عليَّ كظر أمي أعني به الطلاق لا يكون طلاقاً إلا أن يقول: أنت علي حرام أعني به الطلاق فقد فرق بين قوله: أنت عليَّ كظهر أمي وبين قوله، أنت عليَّ حرام.

لأن قوله: أنت عليَّ كظهر أمي قد ثبت له عرف الشرع في كونه صريحاً في الظهار، فلهذا لم يستعمل في غيره وليس كذلك لفظة الحرام لأنها لم يثبت لها عرف الشرع فهي أضعف فلهذا جاز أن يستعمل في غيره.

تعدد كفارة الظهار بتعدد المظاهر منهن:

١١٨- **مسألة**: إذا تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة فقال: أنتن عليَّ

(١) سورة المجادلة (٢).

كظهر أمي ثم عاد من كلهن فعليه كفارة واحدة رواية واحدة لأن الظهار يمين بدليل قول النبي - ﷺ لأوس: وكفر عن يمينك[1]، وإذا ثبت أنه يمين فلو حلف: لا وطئتهن لم تجب إلا كفارة واحدة كذلك هاهنا ولأن الظهار يوقع تحريماً في الزوجية للزوج دفعة واحدة كالطلاق ثم ثبت أنه لو طلقهن كلهن دفعة واحدة وقع التحريم دفعة واحدة كذلك هاهنا، وأما أن ظاهر من كل واحدة بكلمة منفردة حرمن كلهن وهل يجب عليه كفارة كاملة عن كل واحدة منهن أم تجزى كفارة واحدة عن جميعهن؟.

نقل الأثرم والفضل بن زياد وحنبل: إذا ظاهر من أربع نسوة فإن كان في كلمة واحدة فكفارة واحدة وإن كان في كلمات متفرقات فكفارات. وفي لفظ أخر: فإن كان في مجالس شتى فكفارات. وقال أبو بكر في كتاب الشافي: فيها روايتان، إحداهما: ما رواه الأثرم والفضل وحنبل: أنه تجب كفارات والثانية: عليه كفارة واحدة. قال وعليه العمل عندي قال: لأن الجماعة رووا عنه ذلك فنقل ابن منصور: إذا ظاهر من أربع نسوة فكفارة واحدة. ووجه هذه الرواية أن كفارة الظهار حق لله تعالى بدليل أنه ليس فيه مطالبة للزوجة ولا اعتراض فلم يتكرر عليه بتكرار الواحد في عين واحدة وأعيان دليله الحد في الزنا.

وذلك أنه لو زنى من جماعة نسوة ولم يحد فحد واحد كذلك هاهنا إذا ظاهر من جماعة نسوة ولم يكفر عن الأول يجب أن يكون كفارة واحدة ولا يلزم عليه الطلاق واللعان لأن ذلك حق للمرأة بدليل أنه قد يثبت بمطالبتها.

ووجه الرواية الأولى: وهي الصحيحة أنه أفرد كل واحدة منهن بظهار

(١) لم أجد الحديث بهذا اللفظ وقد أخرج لأمر بالكفارة البيهقي في السنن الكبرى- كتاب الظهار- باب المظاهر الذي تلزمه الكفارة ٧/ ٣٨٥. وأبو داود في كتاب الطلاق- باب في الظهار ٢/ ٦٦٠ حديث ٢٢١٣ وما بعده.

والترمذي- أبواب الطلاق- باب كفارة الظهار ٢/ ٣٣٥ حديث ١٢١٥. وسنن ابن ماجه- كتاب الطلاق- باب الظهار ١/ ٦٦٥ حديث ٢٠٦٢ وسنن الدارمي كتاب الطلاق باب في الظهار ٢/ ١٦٣ والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الظهار ٧/ ٣٨٢ وما بعدها.

حصها به فوجب عليه كفارة كاملة في حقها، دليله لو عاد في الأولى وكفر ثم ظاهر من الثانية.

تعدد الكفارة بتعدد مرات الظهار من زوجة واحدة:

١١٩ - مسألة: فإن ظاهر من امرأة واحدة مراراً ونوى بالثاني والثالث الاستئناف، فهل يكون مظاهراً بكل مرة؟.

فنقل ابن منصور وأبو الحارث إذا ظاهر من امرأة واحدة مراراً في مجالس متفرقة تجزيه كفارة واحدة ما لم يكفر. فظاهر هذا أنه ظهار واحد نوى أو لم ينو وهو اختيار أبي بكر والخرقي وشيخنا. ونقل حرب عنه في الرجل يحلف على شيء واحد إيماناً كثيرة فإن أراد تأكيد اليمين فكفارة واحدة. فظاهر هذا أنه إن لم يقصد التأكيد وقصد الاستئناف فكفارات ووجهه أنه لفظ يوقع تحريماً في الزوجية للزوج رفعه فإذا تكرر على الاستئناف كان لكل مرة حكم نفسه كالطلاق.

ووجه الرواية الأولى: أنه يجزي كفارة واحدة وهي الصحيحة أنه حرمها بالأول فإذا أعاد الثانية لم يفد تحريمها غير الذي أفاد الأول فوجب أن لا ينفرد بحكم. واحتج أبو بكر بأن الكفارة تجري مجرى الحدود في الزنا والقطع والسرقة قال النبي - ﷺ - الحدود كفارات لأهلها[1]. ثم ثبت أنه لو ردد الزنا في امرأة أو نساء جماعة ولم يحد فحد واحد كذلك إذا كرر الظهار في امرأة واحدة ما لم يكفر فكفارة واحدة.

الاستمتاع بالمظاهر منها قبل التكفير:

١٢٠ - مسألة: الوطء محرم قبل الكفارة رواية واحدة فأما دواعيه من

---

(١) صحيح البخاري- كتاب الحدود- باب الحدود كفارة ٤/ ٧٢. وصحيح مسلم كتاب الحدود- باب الحدود كفارات لأهلها ٣/ ١٣٣٣، حديث ١٧٠٩.
وسنن ابن ماجه- كتاب الحدود- باب الحد كفارة ٢/ ٨٦٨ حديث ٢٦٠٣ وسنن الترمذي- أبواب الحدود- باب ما جاء أن الحدود كفارة لأهلها ٢/ ٤٤٧ حديث ١٤٦٧.
وسنن الدارمي- كتاب الحدود- باب الحد كفارة لمن أقيم عليه الحد ٢/ ١٨٣.

الاستمتاع كالقبلة والتلذذ والوطء دون الفرج ففيه روايتان:

قال أبو بكر: نقلها أبو طالب وما من رواية إلا وافقه عليها جماعة من أصحاب أحمد إحداهما: لا يحرم عليه ذلك.

والثانية: يحرم وهو إختيار أبي بكر.

ووجه الأولى: أنه تحريم حصل في النكاح لمعنى عارض فلم يخرج معه اللمس دليله التحريم الحاصل بالحيض والنفاس ولأن الله تعالى قال: ﴿من قبل أن يتماسا[1]﴾ وحقيقة المس اللمس باليد وأجمعوا على أن الوطء مراد بالآية وأن اللمس كناية عنه وإذا ثبت أن الكفارة مرادة ثبت أن الحقيقة مرادة.

ووجه الثانية: أنه لفظ يوقع تحريماً في الزوجية للزوج دفعة واحدة فوجب أن يحرم عليه منها ما حرم عليه من أمه.

وطء المظاهر منها في ليالي الصيام:

١٢١ - مسألة: إذا وطىء المظاهر في ليالي الصوم هل يبطل تتابعه؟

نقل ابن منصور يبطل.

ونقل الأثرم في المظاهر إذا جامع قبل أن يتم: فليتم وإن أصاب قبل أن يكفر فكفارة واحدة قال الشيخ أبو عبد الله: قوله فليتم لا يحتمل إلا أن يكون الوطء ليلاً لأنه لو كان نهاراً لم يتم رواية واحدة، إذا كان محمولاً على الليل خرج في المسألة روايتان:

إحداهما: لا يبطل التتابع لأنه وطء لم يصادف محل الصوم فلم يقطع حكم تتابعه كالوطء في ليالي صوم القتل وصوم الواطىء في رمضان.

والثانية: يبطل وهي المذهب لأنه تحريم وطء لا يختص الصوم فاستوى فيه الليل والنهار كتحريم الوطء في الاعتكاف، وكل عبادة حرم فيها الوطء بالليل والنهار كان حكمه إذا اتصل بالليل حكمه إذا اتصل بالنهار في المنع

---

(١) سورة المجادلة (٣).

من الاعتداد بما مضى دليله الحج ولأنه وطء قبل الفراغ من صوم الظهار فهو كالوطء نهاراً.

اشتراط الإيمان في كفارة الظهار:

١٢٢ - مسألة: الإيمان هل هو شرط في كفارة الظهار، والجماع، والرقبة المنذورة؟ على روايتين نص عليهما في كفارة الظهار.

نقل ابن منصور:الإيمان ليس بشرط فيها.

ونقل حنبل وأبو طالب:هو شرط ولا تختلف الرواية أنه شرط في كفارة القتل.

ووجه الأولى وهي اختيار أبي بكر: أنها رقبة تامة الملك سليمة الخلق لم يحصل عن شيء منها عوض فجاز عتقها في الظهار كالمسلمة.

ووجه الثانية: وهو أصح أنه تكفير بعتق فكان من شرطه الإيمان دليله كفارة القتل وكل رقبة لا تجزى في كفارة الظهار كالمعيبة.

عتق الصغير في كفارة الظهار:

١٢٣ - مسألة: هل يجزي عتق الصغير الذي لم يبلغ في الكفارة؟

فنقل الميموني: يجوز عتق الصغير الذي لم يدرك في الكفارات إلا قتل الخطأ فلا يجوز فيه إلا مؤمنة وأراد التي صلت.

ونقل الأثرم أيضاً وقد سئل عن عتق الصغير في الكفارة فقال:أعجب إلي أن يكون يصلي لأن الإيمان قول وعمل ونقل حنبل: أحب إلي أن يكون كبيراً لأنه تكون مؤمنة.

واختلف أصحابنا. فقال أبو بكر في كتاب المقنع: يجوز عتق الصغير في الجملة وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم وحنبل لأنه قال: أعجب إلي وأحب إلي- الكبير. وقال الخرقي: وتكون رقبة قد صلت وصامت وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الميموني لأنه فرق بين كفارة القتل وبين غيرها.

ووجه هذا القائل أنه لا يصح منه العبادات لفقد التكليف فلم يجز عتقه، دليله المجنون ولا يلزم عليه ابن سبع سنين لأنه يصح منه فعل العبادات.

ووجه من قال يجزى في الجملة أن عدم البلوغ لا يمنع العتق دليله ابن سبع سنين فصاعداً.

عتق المكاتب في الكفارة:

١٢٤- مسألة: هل يجزى عتق المكاتب في الكفارة أم لا؟

فنقل ابن منصور يجوز عتقه إذا لم يؤدِ من نجومه شيئاً ولا يجوز بعد الآداء فظاهر هذا يجوز عتقه إذا لم يؤدِ ولا يجوز إذا أدى.

ونقل أحمد بن الحسين الترمذي لا يجزىء المكاتب في كفارة الظهار لأنه ليس برقبة تامة ليس له أن يرجع فيه فظاهر هذا أنه لا يجزي وإن لم يجد شيئاً ونقل الميموني عنه أنه سئل هل يعتق في الكفارة؟

فقال: هذا الآن قد أدى ودخله شيء.

ومن ذهب إلى أنه عبد ما بقي عليه درهم أعتقه، قيل له أليس تقول بعتقه؟ قال: بلى، فظاهر هذا أنه يجوز عتقه وإن أدى.

ووجه الأولى: وهي الصحيحة وهي اختيار الخرقي بأنه إذا أدى من كتابته شيئاً فقد حصل العوض عن بعضها فلم يجزه كما لو أعتق بعض رقبة وليس كذلك إذا لم يؤد من كتابته شيئاً لأنها رقبة تامة الملك مسلمة سليمة الخلق لم يحصل عن شيء منها عوض فأجزأت، دليله المدبرة.

ووجه الثانية: أن بينهما عقداً يمنع من رجوع أرش الجناية إليه فوجب أن يمنع الأجزاء في الكفارة كما لو أدى بعض نجومه.

ووجه الثالثة:- وهو اختيار أبي بكر- أنه مكاتب سليم لم يوف مال كتابته فأجزأ عتقه في الكفارة، دليله إذا لم يكن قد أدى شيئاً.

التكفير بالمعتق بعضه سراية:

١٢٥- مسألة: فيمن أعتق شركاً له في عبد عن كفارته وهو موسر فسرى

إلى حصة شريكه ونوى به الكفارة هل يجزيه عن كفارته؟

قال أبو بكر: لا يجزيه وذكر كلام أحمد في رواية علي بن سعيد إذا أعتق شركاً له في عبد لم يجزه وإن عتق في ماله وقال غيره من أصحابنا يجزيه وهو الصحيح عندي.

ووجه الأول: إن عتق نصيب شريكه مستحق بسبب متقدم وهو السراية فلم يجزه عن كفارته دليله ذو الرحم إذا اشتراه بشرط العتق.

ووجه الثاني: أنه وإن كان نصفه لغيره فإن الشرع قد جعله في حكم عبد كله له ولو أعتق عبداً خالصاً أجزأه كذلك هاهنا.

إعتاق نصفي عبدين في الكفارة:

١٢٦- مسألة: فإن كان له نصف عبدين وعليه واحدة فقال أعتقت ما أملكه منكما عن كفارتي عتق النصف منهما وهل يجزيه عن كفارته أم لا؟

فقال أبو بكر لا تجزيه وهو قول شيخنا.

وقال الخرقي: يجزيه

ووجه الأولى: أنه لو جاز عتق عبد من عبدين عن كفارته جاز أن يصوم أربعة أشهر كل شهرين عن كفارتين وأن يطعم مائة وعشرين مسكيناً كل ستين عن كفارتين فلما لم يجز هذا كذلك نصف عبد من عبدين.

ووجه الثانية: أن النصف من العبدين بمنزلة العبد الخاص المفرد بدليل أن عليه فطره نصف عبدين صاعاً كاملاً كما لو كان له عبد مفرد، وعليه زكاة نصف ثمانين شاة كما لو كان له أربعون شاة مفردة، فإذا كانت الانصاف في هذا كالأصل الكامل كذلك في العتق.

وطء المظاهر منها في ليالي الصيام:

١٢٧- مسألة: إذا وطيء المظاهر امرأته في خلال الشهرين ليلاً فهل يستقبل الصيام أم يبني عليه؟

على روايتين: نقل ابن منصور: يستقبل وهو المعروف من قول أصحابنا لأنه وطء في خلال صومه عن ظهارها فهو كما لو وطئها نهاراً عامداً ونقلت من مسائل الأثرم وقد سئل عن المظاهر إذا صام بعض صيام ثم جامع قبل أن يتم كيف يصنع. قال: يتم صومه، لأنه وطء لم يصادف محل الصيام، فهو كما لو وطيء غير التي ظاهر منها.

عتق الأعور في الكفارة:

١٢٨- مسألة: هل يجزى عتق الأعور في الكفارة؟

نقل يوسف بن موسى: يجزيه.

قال أبو بكر: وفيها قول آخر لا يجزيه.

وجه الأول: أنه نقص لا يضر بالعمل الضرر الكثير فإنه يعمل كل ما يعمله ذو العينين وإنما فقد الجمال بذهاب إحدى العينين فهو كما لو كان وحش الوجه.

ووجه الثانية: أن ذهاب العينين جميعاً يمنع. فذهاب إحداهما يمنع كما قلنا في ذهاب اليدين يمنع وذهاب إحداهما يمنع.

الحال المعتبرة في نوع الكفارة:

١٢٩- مسألة: في الوقت الذي يعتبر فيه الكفارة. وفيه روايتان:

إحداهما: يعتبر بحالة الوجوب فإن كان فقيراً ثم أيسر أجزأه الصيام وإن كان غنياً ثم أعسر لم يجزه الصيام نص عليه في رواية المروذي وابن القاسم في المتمتع إذا لم يجد الهدي ثم قدم بلده ووجد أنه يصوم. والثانية: الاعتبار فيها بأغلظ الأحوال فيراعي أمره ما بين الوجوب والفعل فأي وقت كان موسراً تعينت عليه كفارة الموسرين نص عليه في رواية أبي طالب فمن حلف فحنث فلم يكن عنده ما يكفر ثم أيسر بعد فلم يكفر كفر (لأنه) قد أيسر فإن حنث وهو موسر فلم يكفر حتى افتقر فعليه الكفارة (لأنها) قد وجبت عليه وهو موسر.

ووجه الأولى: أنه حق وقع به التكفير فكان الاعتبار فيه بحالة الوجوب، كالحدود، أو نقول: طهرة عن ارتكاب محظور فوجب أن يكون الإعتبار بوقت الوجوب كالحدود.

يبين صحة هذا قول النبي - ﷺ -: الحدود كفارات لأهلها[1].

ووجه الثانية: وهي الصحيحة، أنه حق يجب في الذمة بوجوب مال، فوجب أن يكون الاعتبار فيه بأغلظ الأحوال كالحج فإن الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين يبلغ حتى يموت كذلك هاهنا.

إخراج الخبز في الكفارة:

١٣٠ - مسألة: هل يجزىء إخراج الخبز في الكفارة على وجه المنصوص عليه؟.

على روايتين نقلهما الأثرم قال في موضع وقد سئل إذا أخذ ثلاثة عشر رطلاً وثلثا دقيقاً فخبزه وقسم الخبز على عشرة مساكين: فأعجب إليّ ما جاء به الخبز - مدبر. وهذا أرجو أن يجزئه فظاهر هذا الجوز. وقال في موضع، وقد سئل إن أطعمهم خبزاً وتمراً، فقال: الخبز لا، ولكن التمر أو الدقيق، فظاهر هذا المنع.

وقال أيضاً في رواية إسحاق بن إبراهيم الذي روى عن النبي - ﷺ - في كفارة اليمين تمراً أو دقيقاً أوحنطة[2] قيل له فنجمعهم على خبز وآدم قال أكره ذلك بل يعطيهم تمراً أو حنطة أو شعيراً.

---

(١) تقدم تخريجه في تعدد الكفارات بتعدد الظهار المسألة (١١٨).

(٢) سنن ابن ماجه- كتاب الكفارات- باب كم يطعم في كفارة اليمين ١/ ٦٨٢- حديث ٢١١٢ وليس فيه الدقيق.

والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الآيمان والنذور- باب الإطعام في كفارة اليمين ١٠/ ٥٥ وفيه (مد حنطة أو مد شعير) وليس فيه الدقيق.

ومصنف عبد الرزاق- كتاب الأيمان والنذور- باب إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ١٨ ٥٠٧ حديث ١٦٠٧٥ عن عمر موقوفاً وفيه الشعير والتمر والقمح وليس فيه الدقيق.

وجه الأولى: وهي اختيار الخرقي عموم قوله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾[1] ولأنه بالخبز لم يخرج عن حد الاقتيات فأجزأ كما لو غسل الحنطة وقلاها فإنه يجزيه ويفارق هذا لو طحنها وصنع منها كبولة ونحو ذلك في أنه لا يجزيه لأنه يخرج بها في تلك الحال عن حد الإقتيات.

ووجه الثانية: لا يجزىء إخراجه في صدقة الفطر فلا يجزىء في الكفارة كالقيمة.

دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر وهو غني:

١٣١ - مسألة: فإن دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر ثم بان غنياً.

فقال أبو بكر: فيها قولان: نقل مهنى: يجزئه، ونقل غيره: لا يجزيه واختار ذلك، وأصل هذا إذا دفع الزكاة إلى من ظاهره الفقر فبان غنياً هل يجزيه؟ على روايتين، وذكرنا الوجه لكل رواية في مسائل الزكاة.

وطء المظاهر منها قبل التكفير إذا كان بالإطعام:

١٣٢ - مسألة: إذا كان المظاهر من أهل الإطعام فهل يجوز له المسيس قبل التكفير بالإطعام أم لا؟

ذكر أبو بكر في كتاب الخلاف كلاماً يقتضي جواز ذلك وتعلق بكلام أحمد في رواية ابن منصور: إذا ظاهر وأخذ في الصوم يجامع بالليل يستقبل فإن أطعم فوطىء يبني ليس هذا من نحو هذا. وقال غيره من أصحابنا: لا يجوز له الوطء قبل الإطعام كما لا يجوز في الصيام. وقول أحمد: ليس هذا مثل الصيام يعني أن الصيام يبطل التتابع فيه ولا يعتد بما مضى وفي الإطعام يعتد بما مضى ولم يقصد بذلك الفرق بينهما في جواز الوطء.

وجه الأول: أن الله تعالى بدأ في الكفارة بالعتق والصيام قبل المسيس وأطلقها قبل المسيس في التفكير بالإطعام فحملنا الآية على ما ورد به القرآن.

---

(١) سورة المجادلة (٣).

ووجه الثانية: وهو الصحيح، أنه تكفير عن ظهار فلم يجز له المسيس قبله كالعتق ولأنه إذا منع من المسيس قبل التكفير إذا كان من أهل العتق والصيام تغليظاً عليه لما ارتكبه من قول المنكر والزور.

وهذا المعنى موجود فيه إذا كان من أهل الإطعام.

(فيجب أن يمنع من المسيس حتى يكفر)

إخراج مدين دفعة واحدة لكل مسكين عن كفارتين:

١٣٣ - مسألة: إذا كان عليه كفارتان:كفارة عن ظهار وكفارة عن جماع فأطعم كل مسكين مدين من الكفارة فهل يجزيه أم لا ؟

نقل مهنا عنه في رجل عليه أن يطعم عشرين ومائة مسكين عن ظهاره فأطعم ستين مسكيناً عن ظهار في يوم لكل مسكين نصف صاع جميعاً:لا يجزيه إلا أن يكون لا يجد مساكين فأما من يجد فلا، فظاهر هذا أنه لا يجزيه.

ونقل أبو الحارث لا يجوز إعطاء خمسة مساكين لكل مسكين مدين فإن أعطى من جنسين أو ثلاثة أجزأه فظاهر هذا يقتضي جواز ذلك، وقد أومأ إليه في رواية صالح أيضاً في رجل عليه كفارات قال: إذا كان يجد مساكين فأحب أن يطعم ولا يكرر عليهم فإذا ضاق فلا بأس أن يجمع عشرة فيطعمهم فظاهره أنه منع من ذلك على طريق الاختيار.

قال الشيخ أبو عبد الله:المسألة على روايتين إحداهما:

لا يجزيه، لأنه مسكين استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجز دفع الكفارة إليه ثانياً في يومه. دليله إذا دفع إليه من كفارة واحدة مرتين، ويلزم على هذا أن لا يجوز لغير الدافع أن يدفع إليه عن كفارته في يومه لوجود هذه العلة.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة، أن الله تعالى أمر بدفع كفارة الظهار إلى ستين مسكيناً وقد وجد ذلك، ولأنا نعتبر قدر المدفوع وعدد المدفوع إليه فإذا دفع إليه مدين منهما فقد وجد الشرط في المدفوع وفي المدفوع إليه فوجب أن يجزيه فيهما ويفارق هذا إذا كان من كفارة واحدة لأنه يحمل بالعدد فلهذا لم يجزئه.

إخراج القيمة في الكفارة:

١٣٤- مسألة: إذا دفع القيمة في الكفارة هل يجزيه؟

نقل الأثرم والميموني:أخاف أن لا يجزى.

وقال في موضع آخر في مسائل الأثرم وقد سأله أنه أعطى لكل مسكين خمسة دوانيق فقال:لو استشرتني قبل أن تعطي لم أشر عليك، ولكن أعط ما بقي عليك من الإيمان على ما قلت لك، وسكت عن الذي مضى، فظاهر هذا أنه حكم بالأجزاء وإنما حكم بالأجزاء في حقه على مذهب غيره لا إنه مذهب له لأنه قد صرح بذلك في الكفارات والزكاة أنه لا يجزي إخراج القيمة لأنه لا يخلو إما أن يكون الاعتبار بالمنصوص عليه أو به وبما قام مقامه، فبطل أن يكون الاعتبار بما قام مقامه لأنه لو أعطاهم أربعين مداً يساوي من ناحية الجودة ستين مداً من قدر الواجب عليه لم يجزه وإن كان مثله في القيمة والانتفاع وأكثر ثبت أن الاعتبار بالمنصوص عليه لاغيره.

لزوم كفارة الظهار للمرأة بلفظ الظهار:

١٣٥- مسألة: في المرأة إذا قالت لزوجها: أنت عليَّ كظهر أبي فإنها لا تكون مظاهرة رواية واحدة ولكن هل يلزمها كفارة الظهار أم لا؟

نقل الأثرم، وصالح، وأبو طالب إذا قالت المرأة لزوجها:أنت عليَّ كظهر أبي أو أخي لزمها عتق رقبة:أو صيام شهرين متتابعين مثل حديث عائشة بنت طلحة فظاهر هذا أنه قد لزمها كفارة الظهار.

ونقل ابن القاسم في المرأة تظاهر من الرجل، فقال:هذا بعيد جداً، القرآن إنما حكم على الذين يظاهرون ولم يبين في ذلك أمر النساء فظاهر هذا أنه لا يلزمها الكفارة.

قال أبو بكر: نقل الجماعة عنه:أن المرأة إذا ظاهرت عليها كفارة الظهار إلا ما رواه ابن القاسم وهو رجل يحفظ ما يقول.

ووجه الأولى: وهي الصحيحة، أن الله تعالى بين عن العلة التي لأجلها

وجبت الكفارة على الرجل وهو قول المنكر والزور فقال: ﴿وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾(١).

وهذا المعنى قد وجد من المرأة ولأن الظهار يمين بدليل قول النبي - ﷺ - لأوس بن الصامت:وكفر عن يمينك(٢)، وإذا كان يميناً فنقول:كل يمين وجبت بها كفارة على الرجل جاز أن يجب بها تلك الكفارة على المرأة كاليمين بالله عز وجل ولأنها أحد الزوجين فتعلقت به كفارة الظهار كالرجل ولأنها عقوبة وجبت لقول المنكر والزور فاستوى فيها الرجل والمرأة كحد القذف.

ووجه الثانية: قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة(٣)﴾، فأوجب الكفارة بالعود وهو العزم على الوطء، وهذا لا يوجد منها.

ولأن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية، فغير حكمه إلى الكفارة ثم ثبت أن الأصل المنقول يختص به الرجال دون النساء فوجب أن يكون الفرع المنقول إليه مثله.

الزوجان اللذان يصح اللعان منهما:

١٣٦ - مسألة: في صفة الزوجين اللذان يصح اللعان منهما.

فنقل أبو طالب، والميموني، وابن منصور، وإبن القاسم، بين كل زوجين لعان، حرين كانا أو مملوكين، أو ذميين، أو حر ومملكة، أو عبد وحرة، أو مسلم وذمية، فظاهر هذا أنهما إذا كانا مكلفين جرى بينهما اللعان مسلمين كانا أو كافرين، أو أحدهما مسلم، والآخر كافر، أو حرين أو عبدين أو أحدهما حر، والأخر عبد، فعلى هذه الرواية اللعان يمين وليس بشهادة.

ونقل حرب عنه في يهودى قذف يهودية فليس لهذا وجه لأنه ليس بعدل، واللعان إنما هو شهادة كأنه لم ير بينهما لعاناً.

---

(١) سورة المجادلة (٢).

(٢) سبق تخريجه في تعدد الكفارات بتعدد المظاهر منهن المسألة ١٨٨.

(٣) سورة المجادلة (٣).

ونقل حنبل، ويعقوب بن بختان، في العبد إذا قذف زوجته: يحد ولا يلاعن فظاهر هذا أنهما إذا لم يكونا من أهل الشهادة أو أحدهما لم يجز اللعان بينهما.

وجه الأولى: وهي الصحيحة، أنه معنى يخرج به القاذف من قذفه إذا كان من أهل الشهادة فوجب أن يخرج منه وإن كان من غير أهلها كالبينة، ولأنه محتاج إلى القذف محتاج إلى تحقيقه باللعان فكان له اللعان كما لو كان من أهل الشهادة، ولأن اللعان لو كان شهادة لما صح منه لأن أحداً لا يشهد لنفسه ولما صح من الفاسق ولما افتقر إلى تكرار اللفظ ولم يكن للنساء مدخل فيه، ولما ثبت هذا دل على أنه ليس بشهادة.

ووجه الثانية: ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، أن النبي - ﷺ قال: (لا لعان بين اليهودي والنصراني وعبد مملوك تحته حرة وحر تحته مملوكة[1]). ولأن الحد لا يجب بقذف الكافر فلم يجب اللعان في حقها، كالصغيرة لأن الله تعالى سماه شهادة بقوله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾[2]، ولأنه لو لم تكن شهادة لم تفتقر إلى لفظ الشهادة فلما افتقر إلى لفظ الشهادة، دل على أنه شهادة، وهؤلاء لا تصح شهادتهم فلا يصح لعانهم.

إجبار الزوجة على اللعان:

١٣٧ - مسألة: إذا التعن الزوج ولم تلتعن الزوجة لم يجب عليها حد الزنا، رواية واحدة، وهل تحبس حتى تلاعن أو تقر؟

---

(١) سنن ابن ماجه- كتاب الطلاق- باب اللعان ١/ ٦٧٠ حديث ٢٠٧١، بلفظ: (أربع من النساء لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم، والحرة تحت المملوك والمملوكة تحت الحر).

والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب اللعان باب من يلاعن من الأزواج ٧/ ٣٩٦ بلفظ ابن ماجة وبلفظ: (أربع لا لعان بينهن وبين أزواجهم، اليهودية، والنصرانية تحت المسلم، والحرة تحت العبد، والأمة عند الحر، والنصرانية عند النصراني.

ومصنف عبد الرزاق في اللعان- باب المسلم يقذف امرأته النصرانية ١٢٧/١٧ حديث ١٢٥٠٧ عن عمرو بن العاص.

(٢) سورة النور (٦).

على روايتين، نقل ابن القاسم عنه أرأيت ان لم تلتعن أجبرتها؟. ومعنى الجبر هاهنا الحبس حتى تلتعن، قال أبو بكر: روى ابن القاسم أنها تجبر على اللعان، ووافقه غيره وروى الكوسج أنه يقال لها: اذهبي والولد لها. قال: وهو المعمول عليه عندي.

ووجه الأولى: وهي الصحيحة عندي، قوله تعالى: ﴿ويدرأوا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين[1]﴾.

فأثبت إن عليها عذاباً يسقط باللعان وقد اتفقا على أن الحد لا يجب فلم يبق عذاب يجب غير الحبس.

ووجه الثانية: أن الحبس عذاب فلم يلزمها بلعان الزوج، دليله حد الزنا.

اللعان بنفي الولد:

١٣٨ - مسألة: في اللعان على الحمل هل يصح؟

نقل أبو طالب، والميموني، وغيره: لا يلاعن بالحمل، لعله من علة ثم ينفش. ونقل ابن منصور إذا تزوج العبد الحرة، أو الأمة، أو الحرة اليهودية، والنصرانية، يلاعن إنما هو نفي الولد وإذا كان قاذفاً وكانت حاملاً أو لم تكن حاملاً يلاعنها. قال أبو بكر الخلال: روى الجماعة: حنبل، وأبو طالب، وغيره: لا يلاعن بالحمل، وقول إسحاق قول أول، وعندي أن ما نقله إسحاق لا يدل على اللعان على الحمل لأن قوله: إذا كان قاذفاً وكانت حاملاً، أو لم تكن حاملاً لاعنها معناه يلاعن لإسقاط الحد لا لنفي النسب لأن اللعان وجوبه يتعلق بوجود الحمل والحمل غير متيقن لأنه يجوز أن يكون في جوفها ريح أو علة فيتوهم أنه حمل فلم يجز إيجاب اللعان بالشك.

ولأنه إذا لم يكن الحمل متيقناً صار القذف معلقاً بشرط، وهو أن يقول: أن ولدت ولداً فهو من الزنا وليس مني، ونفي الولد لا يتعلق بالشرط ألا ترى أنه لو نفاه بعد الوضع وعلقه بشرط مثل أن يقول: إن دخلت الدار فهذا الولد ليس مني لم يكن هذا نفياً؟

(١) سورة النور (٨).

ومن ذهب إلى رواية إسحاق فوجهه ما روى أن النبي - ﷺ - لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته وفرق بينهما وكانت حاملاً والحق الولد بالأم وأمر بأن لا يدعي لأب[1] ولأن كل حالة لو أقربه فيها لزمه فإنه إذا نفاه جاز أن ينفيه باللعان، دليله بعد الوضع والقائل الأول لا يسلم هذا الوصف لأنه لو أقر بالحمل لم يلزمه النسب نص عليه في رواية ابن القاسم فقال: إذا أقر بحمل ثم رجع بعد الولادة أو قبل لاعن بعد أن تضع ،فأما إن ولدته فأقر به لم أقبل رجوعه أبداً.

ثبوت الفرقة بين المتلاعنين بمجرد اللعان:

١٣٩ - مسألة: فرقة اللعان هل يفتقر إلى حكم الحاكم أم تحصل بلعان من الزوج؟

نقل إسماعيل بن سعيد:لا يحتاج إلى فرقة الحاكم في اللعان، فظاهر هذا أنها تقع بلعانها معاً ولا يفتقر إلى حكم الحاكم فإن حكم الحاكم تنفيذ لا إيقاع.

ونقل ابن القاسم: ينبغي للحاكم أن يقول:قد فرقت بينكما، فظاهر هذا أنه يتعلق بلعانها وحكم الحاكم بعد ذلك فأما قبل الحكم فهما على الزوجية، ولكن الحاكم يحكم بالفرقة من غير مطالبة ويكون حكمه إيقاعاً لا تنفيذاً، وهو

---

(١) صحيح البخاري في اللعان- باب التلاعن في المسجد، وفي القصة:(وكان ابنها يدعي لأمه) وباب يلحق الولد بالملاعنة عن بن عمر : أن النبي- ﷺ- لاعن بين رجل وامرأته فانتفى من ولدها ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة ٣/ ٢٧٩/ ٢٨٠.

وصحيح مسلم- كتاب اللعان ٢/ ١١٢٣ حديث ١٤٩٤.

وسنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب في اللعان ٢/ ٦٨٢ حديث ٢٢٤٧ و ٢٢٤٩ عن سهل بن سعد الساعدي وفيه:(فكان الولد يدعى لأمه) وحديث ٢٢٥٩ وفيه:(وقضى ألا يدعى ولدها لأب).

وحديث ٢٢٥٩ عن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمان رسول الله- ﷺ- وانتفى من ولدها ففرق رسول الله- ﷺ- بينهما وألحق الولد بأمه .

وسنن الترمذي أبواب الطلاق- باب في اللعان ٢/ ٣٣٨ حديث ١٢١٨ وسنن النسائي في الطلاق- باب نفي الولد باللعان وإلحاقه بأمه ٦/ ١٨٧ وسنن ابن ماجه- كتاب الطلاق- باب في اللعان ١/ ٦٦٩ حديث ٢٠٦٩ وموطأ مالك- كتاب الطلاق- باب ما جاء في اللعان ٢/ ٥٦٦ حديث ٣٥، وسنن الدارمي- كتاب الطلاق- باب في اللعان ٢/ ١٥١.

اختيار الخرقي وأبي بكر ولا يختلف الرواية أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج وحده.

ووجه الأولى: قول النبي - ﷺ -: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً[1]، فقد منع من اجتماعهما باللعان وهما بعد الفراغ من اللعان متلاعنان فمن قال: هما مجتمعان ما لم يحكم الحاكم فقد ترك الخبر، ولأنه لما لم يصح البقاء على النكاح بعد التلاعن دل على أن الفرقة قد وقعت بينهما، ألا ترى أنه لما لم يصح البقاء عليه بعد الرضاع ووطء المرأة دل على وقوع الفرقة بينهما؟

ووجه الثانية: ما روى أن النبي- ﷺ- لاعن بين العجلاني وامرأته قال: «إن أمسكتها فقد كذبت عليها فطلقها ثلاثاً[2]» فأقره النبي- ﷺ- على هذا ولم ينكر عليه، فلو كانت الفرقة وقعت كان الطلاق محالاً فلما أقره على الطلاق ثبت أن الزوجية كانت باقية، ولأن سبب هذه الفرقة تفتقر إلى الحاكم، فالفرقة المتعلقة به لا تقع إلا بحكم الحاكم كفرقة العتيق، ولأنه سبب يفتقر إلى لفظ الشهادة فوجب أن لا يكون له حكم ينضم إليه حكم الحاكم. دليله الشهادة على سائر الحقوق.

ذكر الولد المنفي بالقذف في اللعان:

١٤٠ - مسألة: إذا قذفها ونفي الولد فهل عليه أن يذكر الولد في اللعان؟ قال الخرقي: يذكره. وقال أبو بكر - في كتاب الخلاف- ليس عليه ذلك.

---

(١) صحيح البخاري- باب اللعان- باب التلاعن في المسجد وباب صداق الملاعنة وباب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب- وباب التفريق بين المتلاعنين وباب يلحق الولد بالملاعنة ٣/ ٦٧٩ و ٢٨٠ و ٢٨١. وصحيح مسلم- كتاب اللعان ٢/ ١١٢٩ حديث ١٤٩٢ وسنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب اللعان ٢/ ٦٨٣ حديث ٢٢٥٠ وسنن الدارمي- كتاب الطلاق- باب في اللعان ٢/ ١٥١ وسنن ابن ماجه كتاب الطلاق باب اللعان ١/ ٦٦٩ حديث ٢٠٦٩. ومصنف عبد الرزاق- في اللعان- باب لا يجتمع المتلاعنان أبداً ٧/ ١١٢ حديث ١٢٤٣٣ عن عمر وحديث ١٢٤٣٤ عن ابن مسعود و ١٢٤٣٦ عن علي موقوفاً.

ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب النكاح: إذا فرق بين المتلاعنين لم يجتمعا ٤/ ٣٥١ عن عمر وعلي وغيرهما موقوفاً.

(٢) المراجع المتقدمة في المواضيع المذكورة.

ووجه ما قاله الخرقي- وهو الصحيح-:أن كل من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً فيه كالزوجة.

ووجه قول أبي بكر: ان نفي الولد إنما يكون تبعاً لزوال الفراش والفراش يزول بلعانها جميعاً ونفى النسب تبعاً له فلم يكن عليه ذكره.

عدد الشهود الذين يثبت بهم الإقرار بالزنا:

١٤١- مسألة: في الإقرار بالزنا بماذا يثبت؟

قال أبو بكر في كتاب الخلاف:على قولين: أحدهما: لا يثبت إلا بأربعة لأنه إقرار بفعل فلا يثبت إلا بما يثبت به ذلك الفعل، كالقتل.

والثاني: يثبت بشاهدين، لأنه يثبت بإقرار فوجب أن يثبت بشاهدين كسائر الإقرارات، ويفارق القتل لأنه فعل وفعل الشيء أقوى من الإقرار به، ألا ترى أنه لو قذفه كان عليه الحد، ولو أقر أنه زنا لم يكن قاذفاً؟

إباحة الملاعنة للملاعن إذا كذب نفسه:

١٤٢- مسألة: إذا كذب الزوج نفسه بعد لعانه لزمه ما عليه من وجوب الحد ولحوق النسب لأنه إذا لحق وجبت النفقة، وهل يثبت ماله وهو رجوع الفراش بماله وزوال تحريم العقد؟

على روايتين: نقل حنبل، والميموني: أنه تحريم على التأبيد ولا يزول ذلك التحريم، ونقل حنبل في موضع آخر متى أكذب نفسه زال تحريم الفراش، وعادت مباحة كما كانت بالعقد الأول.

قال أبو بكر: جميع من روى عنه، أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً أكذب نفسه أو لم يكذبها، وما رواه حنبل فهو قول آخر.

والعمل على ما روى الجماعة.

ووجه الأولى: وهي الصحيحة- ما روي عن النبي- ﷺ- قال: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»(١). ولأنه تحريم عقد لا يرتفع بغير تكذيب

(١) تقدم تخريجه في مسألة التفريق بين المتلاعنين المسألة ١٣٩.

فوجب أن لا يرتفع به كتحريم المصاهرة، والرضاعة، ولا يلزم عليه الطلاق لأنه لا يرتفع كتحريم بتكذيب، وإنما يترفع بالعقد والإصابة.

ووجه الثانية: أنه تحريم يختص بالزوجية فوجب أن لا يكون مؤيداً كالطلاق ولا يدخل عليه الرضاع لأنه لا يختص بالزوجية.

اللعان لنفي الولد:

١٤٣ - مسألة: إذا قال لها: أكرهت علي نفسك وغضبت عليها وهذا الولد منه وما زنيت أنت فهل له اللعان على نفي النسب أم لا؟.

على روايتين: إحداهما: ليس له أن يلاعن أومأ إليه في رواية ابن القاسم، وأبي طالب، فقال في رواية ابن القاسم: ولا يزول الولد إلا في الموضع الذي أزالته الشبهة وهو بالتعانها جميعاً، والفراش قائم حتى تلتعن هي أيضاً والولد للفراش ونقل أبو طالب: إذا قال: ليس هذا الحمل مني إنما هي كاذبة فإذا قذفها لعنها.

والرواية الثانية: له اللعان نص عليه في رواية ابن منصور إذا قال: لا أقذف امرأتي وليس مني فإذا كان الفراش له، وولدت في ملكه يلاعن وقال في موضع آخر إذا قال ليس مني لحق به ولا ينتفي إلا باللعان.

وجه الأولى: وهي اختيار الخرقي أن الرجل إذا لاعن يحتاج أن يقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا.

وإذا لم يقذفها لم يمكنه اللعان فثبت أنه لا يلاعن حتى يقذف ولأنه من رمى أحد الواطئين لم يكن له أن يلاعن كما لو قذف الزوجة دون الواطىء فقال: وطئتك فلان بشبهة وكنت علمت بأنه أجنبي.

ووجه الثانية: وهي اختيار أبي بكر وشيخنا أبي عبد الله وهو أصح أنه قذف بزنا لو أتت منه بولد لحقه، فكان له نفيه باللاعان كما لو قذفها معاً، ولأنه إذا قال لها: هذا الولد ليس مني، ولم أصبك وما زنيت. لا يخلوا إما أن يستلحق الولد فيكون ولده أو يقذفها وينفيه، أو يقذف الواطىء ويلاعن، ولا يجوز أن يستلحقه ولأنه لا يحل له وبطل أن يقال يقذفها معاً، لأنه لا يمكنه

لأن الزاني هو الواطىء دونها فلم يبق إلا أن يقذف الواطىء وحده ويلاعن على نفي النسب.

قذف الأنثى بلفظ المذكر:

١٤٤- مسألة: إذا قال لزوجته: يا زان هل يكون قذفاً؟

قال أبو بكر: يكون قذفاً كقوله يا زانية. قال الشيخ أبو عبدالله: لا يكون قاذفاً.

وجه قول أبي بكر- وهو الصحيح- أن الكلام إذا فهم معناه تعلق حكمه بقائله وإن كان لحناً كما لو قال لرجل: زنيت بكسر التاء وللمرأة: زنيت بفتح التاء أو قال له علي مائة درهماً بفتح الهاء ونصب الدرهم ولأن الحد إنما يجب بإدخال المعرة على المقذوف بأي عبارة كانت بدليل أنه لو قذفه بالفارسية كان قذفاً كذلك هاهنا قد أدخل فيجب أن يكون قذفاً ولأن الهاء إنما تدخل للفرق بين المذكر، والمؤنث، والإشارة إليهما بحرف التاء أبلغ من الهاء في الفرق بين المذكر والمؤنث ولأنه قد يحذف آخر الكلمة على سبيل الترخيم فيقال: لمالك: يا مال، ولحارث: يا حار كذلك هاهنا.

ووجه قول شيخنا أبي عبد الله أن الهاء تدخل في زانية للفرق بين المذكر والمؤنث، لأنه يقال للمرأة زانية وللرجل زانٍ كما يقال: صادق وصادقة فكانت الهاء علامة المؤنث فيجب إذا أضاف الزنا إليه بلفظ المؤنث أن لا تصح الإضافة كما إذا أضافت الصدق إليه باللفظ المؤنث، أن لا تصح الإضافة.

قذف الذكر بلفظ المؤنث:

١٤٥- مسألة: فإن قالت لزوجها: يا زانية أو قال له: أجنبي.

فقال أبو بكر هو قذف، وزيادة الحرف كنقصانه.

وقال الشيخ أبو عبد الله: لا يكون قذفاً.

ووجه قول أبي بكر وهو الصحيح، ما تقدم في المسألة التي قبلها وهو أن الكلمة إذا فهم معناها يتعلق حكمها بقائلها وإن كانت لحناً كقوله لرجل:

زنيت بالكسر وللمرأة: زنيت بالفتح ولأن الحد يجب على القاذف بإدخال المعرة على المقذوف وهاهنا قد أدخل المعرة بهذه الإضافة والمواجهة، ولأن فعل الرجل إذا تقدم ذكره جاز أن يؤنث كقوله: رجل ضحكة، ولعنة، وهزأة.

وجه قول شيخنا بأن الهاء إنما تزاد في الكلمة للمبالغة في العلم، لتدل على التكرار منه، كما يقال: علامة، وحسابه، ونسابه، ليدل على كثرة العلم بذلك وإذا كانت لغة في علم الشيء وجب أن لا تكون قاذفة له كما لو قالت له أنت عالم بالزنا ولأن قوله زانية اسم وضع للتي تمكن من نفسها للوطء والزنا بها، وما كان موضوعاً لها لا يتصف الرجل به فوجب أن لا تكون قاذفة له.

القذف باللفظ المحتمل للزنا وغيره:

١٤٦- مسألة: إذا قال لرجل زنأت في الجبل.

فقال أبو بكر: هو صريح في القذف فإن ذكر أنه لم يرد به القذف لم يقبل منه. وقال شيخنا أبو عبد الله: إن كان من أهل اللسان بالعربية عالماً باللفظة لم يكن صريحاً في القذف وكان على ما أراد، وإن لم يكن له معرفة باللسان كان صريحاً في القذف وهو أصح لأن العامة لا تفرق في العادة بين قوله زنأت وزنيت وتعقل من هذا ما تعقله من هذا، فصارت كلغة قائمة فيما بينهم اصطلحوا عليها، فتعلق بها الحد مثل: أن يقذفه بالفارسية.

وليس كذلك إذا كان من أهل اللغة ويعرف الفرق بين زنأت وزنيت أن يصدق لأنه يفرق بينهما والعامي لا يفرق.

ووجه قول أبي بكر أنه لما كان صريحاً في القذف في حق العامي، كان صريحاً في حق من هو من أهل اللغة كقوله: زنيت.

قذف المحصن بما قبل الإحصان:

١٤٧- مسألة: إذا قال: زنيت وأنت نصرانية أو أمة فقالت: قد كنت نصرانية غير أني ما زنيت، فهو قاذف وهل يجب عليه الحد؟. على روايتين:

نقل الميموني في رجل قذف امرأة فقال: زنيت وأنت نصرانية أو أنت

مملوكة، هل يجلد الحد إن لم يأت بالبينة؟.

فقال: ويعلم أنها كانت نصرانية هذا أهون. قيل له: فإن لم يعلم؟ فقال: دعها ولم يجب عنها، فظاهر هذا أنه لم يوجب عليه حد القذف.

ونقل ابن منصور في رجل رمى امرأته بما فعلت في الجاهلية، فقال: عليه الحد فظاهر هذا أنه أوجب الحد ولا تختلف الرواية أنها إذا لم تصدقه أنها كانت نصرانية أو أمة أن عليه الحد.

ووجه الأولى:- وهي الصحيحة- أنه قاذف لنصرانية أو أمة، فلم يجب عليه حد القذف، دليله إذا كانت نصرانية أو أمة حال القذف.

ووجه الثانية: أنه أضاف الزنا إلى حالة الرق فلم يسقط حد القذف كما لو لم تصدقه أنها كانت نصرانية أو أمة.

ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأنها إذا لم تصدقه فهو قذف لمسلمة لأن المغلب في دار الإسلام حكم الإسلام بدليل أنه لو وجد لقيط في دار الإسلام حكمنا بأنه مسلم وذا حكمنا بإسلامها كان الحد على قاذفها والقائل الثاني يجيب عن هذا فيقول:الدار تجمع المسلمين والمشركين والأصل براءة ذمته عن الحد فكان يجب أن لا يلزمه الحد مع إنكارها حتى يعلم ذلك ولما أوجب عليها الحد مع هذا الاحتمال كذلك هاهنا.

تكرار الحد بتكرار القذف بعد الحد للقذف الأول:

١٤٨- **مسألة**: إذا قذف أجنبياً أو أجنبية فحد ثم قذفها ثانياً بغير القذف الأول فقال: زنيت ثانياً فهل يجب عليه حد ثاني؟

نقل الأثرم وأحمد بن منصور: لاحد عليه وهو اختيار أبي بكر الخلال.

ونقل حنبل:يحد وهو اختيار أبي بكر، ولا تختلف الرواية أنه إذا قذفها بالقذف الأول أنه لاحد عليه لأن القذف ما احتمل الصدق والكذب، وهذا قد تحقق كذبه فلا حد عليه ولكن يعزر.

وجه الأولى: أنه قد حكم بكذبه في قذفها فلا يحد لها كما لو أعاد الأول ولأن المعرة لا تلحق بهذا القذف بحصول كذبه.

ووجه الثانية: أنه إذا استأنف قذفاً احتمل الصدق والكذب، فالمعرة تلحق فلهذا كان قذفاً، ويفارق هذا إذا أعاد الأول لأنه قد تحقق كذبه به فيه افلهذا لم تحد.

ولأنه لو زنى فحد أو سرق فقطع ثم زنى وسرق ثانياً أقيم عليه الحد كذلك هاهنا، إذا قذف يحد ثم قذف ثانياً أن يحد فإن قذف زوجته بزنا ولم يحقق بالبينة فحد، ثم قذفها ثانياً فحكمه حكم قذفه لأجنبية إن كان القذف الثاني الزنا الأول فلا حد عليه.

وإن كان بزنا ثاني فعلى روايتين:

فإن قذفها وهي أجنبية فقبل أن يحد تزوج بها ثم قذفها بقذف ثاني في الزوجية، فإن طالبت بالأول فحد لها، فهل لها المطالبة بالثاني؟ على روايتين: كما قلنا في قذف الأجنبية إذا حد لها ثم قذفها ثانياً، وإن طالبت بالثاني أو لأن أقام البينة عليها بالزنا فحدت لم يحد الزوج للأول ولا للثاني لأنه قد سقطت حصانتها، فإن لم تقم البينة لكن لاعنها سقط عنها الحد الأول بلعانها. نص عليه في رواية ابن منصور لأنه معنى أسقط القذف فكان مسقطاً للقذف الأول كالبينة وإن لم يلتعن ولم تقم البينة فقد تكرر منه قذفها قبل الزوجية وبعد الزوجية فيجب حد واحد. نص عليه في رواية ابن منصور لأنهما حدان من جنس واحد فوجب إذا ترادفا ان يتداخلا كحد الزنا.

قذف كل من الزوجين لصاحبه:

١٤٩ - مسألة: إذا قال لزوجته: يا زانية فقالت: بل أنت زان فكل واحد منهما قاذف لصاحبه.

قال أبو بكر: على الزوج الحد إلا أن يقيم البينة أو يلتعن وعليها الحد إلا أن تقيم البينة.

ونقل حنبل عن أحمد- رحمه الله-: أنه لا لعان بينهما وعليها الحد فاسقط عن الزوج الحد واللعان، وأوجب على الزوجة حد القذف، وعندي أن هذه الرواية سهو في النقل لأن أكثر ما فيه أنه محدود في قذف والمحدود في القذف

يلاعن. نص عليه في رواية ابن منصور،والصحيح ا ما قاله أبو بكر لأنهما قاذفان لو انفرد كل واحد منهما بالقذف كان له حكم قذفه فإذا قذف كل واحد منهما وجب أن يكون له حكم قذفه كالأجنبيين إذا قذف كل واحد منهما صاحبه.

قذف الجماعة بكلمة واحدة:

١٥٠ - **مسألة**: إذا قذف جماعة نسوة أو جماعة رجال قذفاً واحداً بكلمة واحدة، فهل يجب عليه حد واحد أم حدود؟

نقل أبو الحارث، والفضل، وأبو طالب، ويعقوب بن بختان، ومهنا، وعبد الله: عليه حد واحد وإن تفرقوا لأنها كلمة واحدة، وإن قذفهم متفرقين حد لكل واحد حداً فقد نص على أن عليه حداً واحداً سواء طالبوا بالحد متفرقين أو مجتمعين.

ونقل أبو الصقر عنه فيمن قال: يا ناكح أمه ،يحد للرجل حداً ولأمة حداً فقد أوجب حدين بكلمة واحدة سواء طالبوا جميعاً أو متفرقين.

ونقل أبو الحارث، وحنبل، وابن منصور:إذا قذف جماعة فإن قدموه إلى الحاكم، واحدا واحداً حد لكل واحد منهم حداً وإن قدموه جميعاً مرة واحدة ضرب لهم حداً واحداً، ولا تختلف الرواية أنه إذا قذفهم بكلمات وأفرد كل واحد أن عليه لكل واحد حداً كاملاً وقد حكينا في الظهار عكس هذا وهو أنه إذا ظاهر منهن بكلمة واحدة ثم عاد من كلهن فعليه كفارة واحدة رواية واحدة، وإن ظاهر من كل واحدة بكلمة مفردة ثم عاد منهن فعلى روايتين فهاهنا إذا أفرد كل واحدة بكلمة واحدة فعليه لكل واحدة حد وإن جمعهن بكلمة واحدة فعلى الروايات، وكان الفرق بينهما أن الكفارة حق الله تعالى بدليل أنه لا مطالبة للزوجة فيها فجاز أن يبني أمره على التداخل بالكلمة والكلمات كحد الزنا، والسرقة، وليس كذلك حد القذف لأنه حق لآدمي بدليل أنه لا يستوفى إلا بمطالبة المقذوف فكان أبعد في التداخل ألا ترى أنه لو جرح ثم جرح لم يتداخل أو أتلف مالاً ثم أتلف مالاً ثانياً لم يتداخل وكان

يلزم على هذا أن لا يتداخل وإن كان بكلمة واحدة لكن وجدنا في الأصول فرقاً بين الكلمة الواحدة والكلمات. ألا ترى أنه لو حلف يميناً واحدة على جماعة نساء أن لا يكلمهن فكلمهن فكفارة واحدة ولو أفرد كل واحدة بيمين وحنث في جميعهن لزمه لكل يمين كفارة كذلك هاهنا.

وجه الرواية الأولى: وأنه يتداخل إذا كان بكلمة واحدة وهي الرواية الصحيحة، أنها حدود ترادفت من جنس واحد فجاز أن يتداخل كالزنا، والسرقة، وشرب الخمر ولا يلزم على هذا إذا أفرد كل واحدة بقذف لأن التعليل لجواز التداخل في الجملة، فلا يلزم عليه التفضيل، ولأنه قذف بكلمة واحدة، فكان فيه حد واحد كما لو قذف واحداً.

ووجه الثانية: أنه يجب لكل واحدة حد أنها حقوق مقصودة لآدميين فإذا أمكن استيفاؤها لم يتداخل كما لو جرح ثم جرح أو خرق ثوباً ثم خرق ثوباً.

ووجه الثالثة: وأنه إذا جاءوا متفرقين فحدود وإن جاءوا مجتمعين فحد واحد ان حد القذف جعل للتشفي لما دخل عليه من المعرة فإذا جاءوا جميعاً يطالبون بذلك فاقيم الحد، فالظاهر أن التشفي قد حصل لجميعهم لأن الحد أقيم في مقابلة المطالبة من جهة جميعهم. وليس كذلك إذا جاءوا متفرقين فأقيم الحد لأحدهم ثم جاء الآخر يطالب فإن التشفي لا يحصل للثاني بالحد الأول، ولأنه لم يقم له ولا عن مطالبته والتشفي لا يحصل له. فإن كان المقذوف زوجاته وأراد اللعان أفرد كل واحدة منهن بلعان لأن لكل واحدة منهن حقاً في الرمي، واللعان يمين، واليمين الواحدة لا يسقط بها حق لاثنين كما لو ادعى عليه رجلان حقين فأنكر فانه يحلف لكل واحد يميناً ولا يحلف لهما يميناً واحدة كذلك هاهنا.

ولأن اللعان موضوع على التغليظ، ولهذا كرر اللفظ وجيء باللعن فيه ومن التغليظ أن يفرد كل واحدة بلعان.

قذف الزوجة وأجنبية بكلمة واحدة:

١٥١- مسألة: فإن قذف زوجته وأجنبية بكلمة فقال: زنيتما ولم يقم البينة، ولم يلتعن فهل يحد لهما حداً واحداً أم حدين؟

يخرج على ما مضى من الروايات وهو إذا قذف أجنبيتين بكلمة واحدة واختار أبو بكر هاهنا أنْ عليه حداً واحداً وعندي أن الصحيح هاهنا أن يجب لكل واحدة حد كامل وهو المنصوص عن أحمد- رضي الله عنه- في رواية مهنا:إذا رمى زوجته، وأجنبية بالزنا، فإنه يلاعن عن زوجته، ويحد للأجنبية وذلك لأن حد الزوجة يخرج منه بأحد أمرين:إما بالبينة أو باللعان، وحد الأجنبية لا يسقط إلا بالبينة فقط فلما اختلفا في المسقط لهما كانا كالمختلفين، ودخلا في جملة حدين من جنسين فلهذا كان الأظهر هذا.

ما يوجب قذف الزوجة برجل بعينه:

١٥٢- مسألة: فإن قذف زوجته برجل بعينه فقال: زنا بك فلان، ولم يلاعن فإنه يحد لهما حداً واحداً رواية واحدة، لأنه قال: إذا لاعنها لم يحد للأجني إذا طالب. وهذا يدل على أنه لم يجب إلا حد واحد لأن هذا قذف بزنا واحد، ويفارق هذا إذا قذف الجماعة بكلمة واحدة لأن هذا قذف بعدد من الزنا فلهذا تكرر الحد فيه على إحدى الروايتين.

التعريض بالقذف:

١٥٣- مسألة: إذا عرض بالقذف مثل أن يقول حال الغضب والخصومة: يا حلال ابن الحلال خلقت من نطفة حلال ما أنا زاني، ولا أمي زانية فهل يكون ذلك قذفاً يجب به حد القذف؟

نقل الأثرم، والمرذوي، وأبو الحارث، وابن منصور: في التعريض بالزنا. الحد ونقل حنبل:في التعريض التعزير، ولا يبلغ الحد إلا في القذف.

وجه الأولى:- وهي الصحيحة- أن دلالة الحال تنقل حكم الكلام إلى ضد ما أوجب لفظه في حقيقة اللغة، نحو قوله: ﴿اعملوا ما شئتم﴾[1] ظاهره الأمر والمراد به النهاية في الزجر وكذلك قوله:﴿من شاء فليؤمن ومن شاء

(١) سورة فصلت (٤٠).

فليكفر﴾[١] وقوله:﴿واستفزز من استطعت منهم بصوتك﴾[٢]. ونحو ذلك فلو ورد هذا اللفظ مبتدأ عارياً من دلالة الحال لكان ظاهره يقتضي إباحة جميع الأفعال، وهو في هذه الحال وعيد، وزجر، بخلاف ما يقتضيه اللفظ المعلق العاري من دلالة الحال ومن نظائر ذلك قول النجاشي:

إذا الله عادى أهل لؤم وقلة فعاد بني العجلان رهط ابن مقبل
قبيلة لا يغدرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل

ومعلوم أن الناس يتمدحون بدفع الظلم والغدر عن أنفسهم وهو في هذا الموضع ذم وهجاء لخروج اللفظ مخرج الهجاء فكان معناه أنهم أقل من أن يوثق بهم بذمة يغدرون بها وأعجز من أن يظلموا أحداً فكانت دلالة الحال ناقلة لحكم اللفظ إلى ضد مقتضاه وموجبه لو كان ورد مطلقاً وقد اعتبر قوم في هذا المعنى مسائل في الفقه فيمن قامت امرأته لتخرج فقال لها:إن خرجت فأنت طالق أنها إن قعدت ثم خرجت بعد ذلك لم يحنث وكذلك لو قال لرجل تغد عندي اليوم فقال إن تغديت فعبدي حر، ان هذا على ذلك الغداء بعينه.فإن تغدى عنده بعد ذلك لم يحنث فصارت اليمين على الفور لدلالة الحال عليها وكذلك لو خالعها بغير عوض ونوى به الطلاق كان طلاقاً ولو خالعها بعوض ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً.لدلالة الحال وهو بذل العوض كذلك هاهنا يجب أن يكون قوله في حال الغضب والخصومة:يا حلال بن الحلال خلقت من نطفة حلال أن يكون قذفاً لدلالة الحال ولأن أكثر ما في التعريض أنه كناية عن القذف وقد أجمعنا على أن قذف الأخرس ولعانه يصح وإشارة الأخرس بالقذف إنما هي كناية عن القذف وقد صحت كذلك في الناطق.

ووجه الثانية أن كلما كان كناية في حال الرضا كان كناية في حال الغضب فلو قال ما أنا بزانٍ ولا أمي زانية لم يكن اعتراضاً فوجب أن لا يكون لغيره قذفاً ولأن الله تعالى أباح التعريض بخطبة النساء في العدة فقال:﴿ولا جناح

---

(١) سورة الكهف (٢٩).
(٢) سورة الإسراء (٦٤).

عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾[1] وحرم التصريح به فلو كان التصريح كالتعريض لما أباحه وحرم التصريح.

نسبة الزنا إلى إحدى الجوارح:

١٥٤ - مسألة: فإن قال: زنى فرجك أو قال: زنى يدك أو رجلك فقال شيخنا أبو عبد الله- رحمه الله- في قوله زنى فرجك: صريح في القذف لأنه محل الفعل فيه يضاف الزنا إليه فلهذا كان قذفاً واما قوله زنى يدك أو رجلك فليس بصريح لأنه يحتمل صريح الزنا الذي هو الفاحشة والفجور ويحتمل زنا اليد والرجل وهو النظر واللمس والسعي قال صلى الله- عليه وسلم-: العينان تزنيان واليدان تزنيان ويكذب ذلك ويصدقه الفرج[2].

قال أبو بكر في قوله: زنى فرجك ويدك ورجلك واحد وفيهما قولان بناء على التعريض هل يوجب الحد أم لا؟ فيها روايتان والمذهب على ما حكاه الشيخ وليس هذا من التعريض في شيء لأن التعريض إنما كان قذفاً لدلالة الحال وهذا المعنى معدوم هاهنا.

معنى الإقراء:

١٥٥ - مسألة: اختلفت الرواية في الإقراء هل هي الحيض أم الإطهار؟

نقل صالح عنه أنه قال من الناس من يقول: القرء هو الطهر وهو قول زيد وابن عمر وعائشة. ومنهم من يقول: هو الحيض وهو قول عمر وعبد الله بن مسعود قيل له إلى أي شيء تذهب؟ قال: فيه إختلاف وكأنه ذهب إلى أنه الإطهار.

ونقل ابن القاسم عنه في المطلقة تطهر من الحيضة الثالثة قد كنت أقول

---

(١) سورة البقرة (٢٣٥).

(٢) صحيح البخاري- في الاستئذان- باب زنى الجوارح ٤/ ٨٨ وفي القدر- باب (وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون) ٤/ ١٤٦ وصحيح مسلم- كتاب القدر- باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره ٤/ ٢٠٤٦ حديث ٢٦٥٧ ومجمع الزوائد للهيثمي- كتاب الحدود- باب زنى الجوارح ٦/ ٢٥٦ ومسند الإمام أحمد ١/ ١٤٢ و ٢/ ٢٧٦.

بقول زيد بن ثابت وعائشة وابن عمر فهبته فظاهر هذا أنه رجع عن قوله بالإطهار وان القرء هو الحيض وقد صرح في رواية عبد الله النيسابوري فقال: قد كنت أقول به إلا أني أذهب اليوم إلى أن الإقراء الحيض إلا أن أصحابنا قالوا: إن المسألة على روايتين:

إحداهما: أنها الإطهار.

والثانية: أنها الحيض وهي الصحيحة وإليه ذهب أصحابنا.

وجه الأولى حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فقال النبي - ﷺ - لعمر: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسكها وإن شاء طلقها فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن تطلق لها النساء(١).

فوجه الدلالة أنه أمره بمراجعتها وإمساكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم بعد ذلك يطلق أو يمسك وكان قوله تلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء راجعاً إلى الطهر فثبت أن الاعتبار به ولأنه إذا طلقها وهي طاهر فذلك الطهر عدة وجبت عقيب طلاق مباح مجرد فوجب أن تعتد بها، أصله عدة الآيسة والصغيرة التي لم تحض والحامل ولا يدخل عليه الطلاق في حال الحيض لأنه ليس بمباح بل هو محرم فلذلك لم يعتد به. وقولنا: مجرداً احتراز من الخلع فإنه مباح في الحيض ولا يعتد به لأنه ليس بمجرد وإنما هو طلاق بعوض، ولأنه دم يحرم الجماع فوجب أن لا يعتد بزمانه أصله بقية الحيضة التي طلقها فيها.

ووجه الثانية أن القرء يقع على الطهر والحيض جميعاً إلا أنه حقيقة من

---

(١) صحيح البخاري- كتاب الطلاق- ٣/ ٢٦٨ وصحيح مسلم- كتاب الطلاق- باب تحريم طلاق الحائض ٢/ ١٠٩٣ حديث ١٤٧١ وسنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب طلاق السنة ٢/ ٦٣٢ حديث ٢١٧٩ وسنن ابن ماجة- كتاب الطلاق- باب طلاق السنة ١/ ٦٥٠/ ٢٠١٩. وسنن النسائي- كتاب الطلاق- باب الطلاق للعدة ٦/ ١٣٧ وباب الرجعة ٧/ ٢١٢ وسنن الدارمي- كتاب الطلاق- باب السنة في الطلاق ٢/ ١٦٠ ومصنف عبد الرزاق- كتاب الطلاق- باب طلاق الحائض ٦/ ٣٠٨ حديث ١٠٩٥٤.

الحيض بدليل أن التي لا تحيض لا تسمى من ذوات الإقراء وإن كان الطهر موجوداً فيها ،وتسمى التي تحيض من ذوات الإقراء لوجود الحيض فيها وأسماء الحقائق لا تنتفي عن مسمياتها ولأنه أشبه بلغة النبي - ﷺ.

قال ﷺ: (دعي الصلاة أيام إقرائك)[1] ومعناه أيام حيضك، وقوله عليه السلام: (دعي الصلاة من القرء إلى القرء)[2].

وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي - ﷺ - قال: طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان[3]، ولأنها عدة تتعلق بخروج يخرج من الرحم فوجب أن

---

(١) سنن ابن ماجة- كتاب الطهارة- باب ما جاء في المستحاضة ١/ ٢٠٣- حديث ٦٢٠ بلفظ: (إنما ذلك عرق فانظري إذا أتى قرؤك فلا تصلي، فإذا مر القرء فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء) ، و ٦٢٥ بلفظ:(المستحاضة تدع الصلاة أيام إقرائها).

وسنن الترمذي- أبواب الطهارة- باب ما جاء أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ١/ ٨٣ حديث ١٢٦ بلفظ:(المستحاضة تدع الصلاة أيام إقرائها التي كانت تحيض فيها).

وسنن النسائي- كتاب الحيض ذكر الإقراء ١/ ٨٣ بلفظ:(لتنظر قدر إقرائها التي كانت تحيض لها فلتترك الصلاة). وبلفظ (تترك الصلاة قدر إقرائها وحيضها). والفتح الرباني- كتاب الحيض- باب المستحاضة تبنى على عدتها ٢/ ١٧٦- بلفظ (فلتمسك كل شهر عدد أيام إقرائها) وبلفظ:(فانظري إذا أتى قرؤك فلا تصلي فإذا مر القرء تطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء).

(٢) لم أجد هذا الحديث بهذا اللفظ وهو لا يتناسب مع هذه الرواية، لأن فيه ترك الصلاة من القرء إلى القرء، فإذا كان القرء الحيضي كان الأمر بترك الصلاة أيام الطهر لأنه الذي بين القرءين وهذا لا يصح إلا إذا حمل على ترك الصلاة كلما جاء وقت القرء كقول القائل:الزيارة من الجمعة إلى الجمعة أي كل جمعة.

(٣) سنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب في سنة طلاق العبد ٢/ ٦٣٩ حديث ٢١٨٩، بلفظ: (طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان) وسنن ابن ماجه- كتاب الطلاق- باب طلاق الأمة وعدتها ١/ ٦٧٢ حديث ٢٠٨٠ بلفظ أبي داود.

وسنن الترمذي- أبواب الطلاق- باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان ٣٢٧/٢ حديث ١١٩٣ بلفظ: (طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان).

وسنن الدارمي- كتاب الطلاق- باب في طلاق الأمة ٢/ ١٧٠، بلفظ: (للأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان).

ومستدرك الحاكم- كتاب الطلاق ٢/ ٢٠٥ بلفظ أبي داود.

ومصنف عبد الرزاق في الطلاق- باب عدة الأمة ٧/ ٢٢١ حديث ١٢٨٧١ بلفظ الترمذي عن عمر موقوفاً.

يتعلق بالظهور، دليله عدة الحامل. فإذا قلنا؛الإقراء الحيض فإذا حاضت ثلاثاً ولم تغتسل فهل تحل للأزواج أم لا حتى تغتسل قال في رواية ابن القاسم،عمر وعلي وابن مسعود يقولون قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة، قيل لأبي عبد الله فإن أخرت الغسل متعمدة فينبغي إن كان الغسل من إقرائها أن لا تبين وان أخرته، قال هكذا كان يقول شريك، فظاهر هذا أنه أخذ بقول عمر وعلي وابن مسعود، وأنها لا تحل للأزواج ما لم تغتسل لأن الضحاك روى عن عمر وابن مسعود أنها قالا:زوجها أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة[1].

قال أبو بكر:وقد روي عن أبي عبد الله إذا وجبت عليها الصلاة ولم يخرج الوقت يعني بذلك أنها لا تباح ما لم تجب عليها الصلاة فإذا وجبت أبيحت.

وحكى شيخنا في المسألة روايتين:احداهما تباح بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وإن لم تغتسل.

والثانية:لا تباح حتى تغتسل وعلى هذا يملك الرجعة عليها ما لم تغتسل، وهو ظاهر كلام الخرقي- رحمه الله- لأنه قال فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج وقد نص عليه أحمد في رواية حنبل فقال:هو أحق بها ما لم تغتسل.

وجه الأولى: وأنها لا تباح حتى تغتسل ما ذكره أحمد عن عمر وعلي وابن مسعود وأبي موسى الأشعري، فإن الحسن روي عنه أنه قال: هو أحق بها ما لم تغتسل ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فلم تبح للأزواج قياساً على زمان الحيض ولأنها ممنوعة من الأزواج لأجل الحيض فوجب أن لا يرتفع ذلك التحريم إلا بالغسل كوطء الزوج الزوجة بعد الحيض.

ووجه الثانية: وإن الغسل ليس بشرط في الإباحة عموم قوله تعالى:

---

(١) مجمع الزوائد في الطلاق باب الرجعة ٤/ ٣٣٧ ومصنف عبد الرزاق كتاب الطلاق باب الإقراء والعدة ٦/ ٣١٥/ ٩٨٣. عن علي و ١٠٩٨٥ عن عمر و ١٠٩٨٧ عن ابن مسعود.
ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب الطلاق- من قال هو أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ٥/ ١٩٢ و ١٩٣

﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾[1] والقرء عبارة عن الحيض وكذلك قول النبي - ﷺ -: طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان[2]. فمن أوجب الغسل اعتبر معناه زائداً على ذلك ولأنها أكملت ثلاثة أقراء فأشبه لو اغتسلت ولأنها إذا وجبت عليها الصلاة حصلت في حكم الطاهرات وقبل أن يجب عليها فهي في حكم الحيض، فلهذا لم يبح.

عدة من لم تحض:

١٥٦ - مسألة: إذا أتى على الجارية زمان الحيض فلم تحض تعتد بثلاثة أشهر أم تعتد بسنة؟

نقل أبو طالب في البكر التي لم تحض: تعتد سنة، قال أبو بكر: قد خالف أبو طالب أصحابه في الرواية لأنهم قالوا عنه: البكر تعتد بثلاثة أشهر قال: وهو الذي اعتمد عليه في رواية حنبل عدة المطلقة ثلاث حيض فإن كانت ممن لا تحيض أو ارتفع حيضها أو صغيرة فعدتها ثلاثة أشهر.

وجه الأولى وان عدتها سنة: أنه إذا أتى عليها زمان الحيض فلم تحض حصلت مرتابة لجواز أن يكون بها حمل منع من ظهور الحيض لأن المسألة يتصور فيها إذا كانت مدخولاً بها لأن غير المدخول بها لا عدة عليها وإذا كانت مرتابة من هذا الوجه وجب أن يعلم براءة رحمها بغالب مدة الحمل.

ووجه الثانية: وهي اختيار أبي بكر وظاهر كلام الخرقي، لأنه قال وإن كانت من الآيسات أو ممن لم تحض فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر﴾[3] واللائي لم يحضن كالآيسة باعتبار الثلاثة أشهر، ولأن كلما كان الاعتداد به إذا كان على العادة كان الاعتداد به، وإن خالف الأمر المعتاد كالإقراء والحمل فإن عادة التي لم تيأس من المحيض والإقراء فلو عاودها الدم بعد الإياس اعتدت به وإن كان خلاف العادة وجب أن يكون عدة هذه بالشهور وإن كانت خلاف العادة.

---

(١) سورة البقرة (٢٢٨).

(٢) تقدم في توجيه الرواية الثانية في معنى الإقراء

(٣) سورة الطلاق (٤).

انقضاء العدة بوضع ما تشهد القوابل أنه مبتدأ خلق إنسان:

١٥٧- مسألة: إذا ألقت جنيناً ولما يتبين فيه خلق الإنسان ولا تخطيط بل شهدت القوابل أن هذا مبتدأ خلق آدمي وأنه لو بقي لصار منه آدمي حي فهل تنقضي العدة وتصير به أم ولد أم لا؟

فنقل أبو طالب:أن عدتها لا تنقضي به ولا تصير به أم ولد.

ونقل حنبل:تصير به أم ولد، فالمسألة على روايتين:

إحداهما: تنقضي به العدة وتصير به أم ولد على ما نقله حنبل.

والثانية: لا تنقضي به العدة ولا تصير به أم ولد ولا يتعلق به شيء من الأحكام على ما نقل أبو طالب والأثرم وهي اختيار أبي بكر وهو أصح.

وجه الأولى: في أن العدة تنقضي به، أنها تنقضي بالدم الجاري فان تنقضي بهذا الجسم المنعقد أولى، ولأن العدة بالوضع تراد لبراءة الرحم وقد علمنا براءة رحمها بوضعه فلذلك انقضت العدة.

ويدل على أنها تصير أم ولد أنه قد تحكم بالشيء من جهة الظاهر فإن كان في الباطن بخلافه، ألا ترى أن زوجة الرجل إذا أتت بولد لستة أشهر من حين العقد ألحقناه به، بحكم الظاهر وإن جاز أن يكون في الباطن بخلاف ذلك كذلك هاهنا نحكم بأنها أم ولد من جهة الظاهر وإن كان في الباطن بخلافه.

ووجه الثانية: أنها لا تصير أم ولد ان الحرية تسري من الولد إلى الأم لأنه ينعقد حراً فيصير الأم أم ولد فأما هاهنا فما انعقد الولد حراً فلا حرية هناك فلم تصر أم ولد ولأن أم الولد تضاف إلى الولد فيقال:أم ولد فإذا لم يوجد هناك ولد حقيقة لم تصح الإضافة فلم يثبت الحرية.

ويدل على أنه لا تنقضي به العدة أن العدة إنما تنقضي بوضع الحمل أو بالإقراء ولم يوجد هاهنا حمل ولا إقراء فلم تنقض العدة.

أكثر مدة يلحق الولد فيها بالزوج المطلق:

١٥٨- مسألة: اختلفت الرواية في أكثر مدة يلحق الولد فيها بالزوج المطلق.

فنقل صالح وحرب وقد سئل في كم يلحق الولد؟ فقال:إلى أربع سنين.

ونقل ابن مشيش وقد سئل: كم مدة الحمل؟ فقال: الذي نعرف سنتين، وأهل المدينة يقولون: أربع.

ووجه الأولى- وهي الصحيحة- ما روي أن عمر ضرب لامرأة المفقود أجلاً أربع سنين[1] ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل وروي ذلك عن عثمان[2] وعلي[3] ولأن ذلك لا حد له في اللغة، ولا في الشريعة فوجب الرجوع فيه إلى العادة وقد وجد ذلك معتاداً لأنه كان مستفيضاً بالمدينة أن نساء الماجشون كن يلدن لأربع سنين.

وروي أنه قيل لمالك: إن عائشة قالت أكثر الحمل سنتان[4]، فقال: من يروي هذا عن عائشة؟ هذه امرأة ابن عجلان جارتنا ولدت بطونا بقي كل حمل في بطنها أربع سنين. وروى الشافعي عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد القرشي أن سعيد بن المسيب أراه رجالاً، فقال: إن أبا هذا غاب عن أمه أربع سنين ثم قدم فوضعت هذا وله ثنايا.

ووجه الثانية: ما روي عن عائشة أنها قالت: لا يبقى الولد في بطن الأم أكثر من سنتين مقدار فركة مغزل[5]، وهذا لا يقال إلا توقيفاً ولا مدخل للاجتهاد فيه فصار كأنها قالت سمعت النبي- ﷺ- يقول ذلك ولأن هذه المقادير لا سبيل إلى إثباتها إلا من طريق التوقيف أو الاتفاق وقد حصل الاتفاق على سنتين وما زاد فهو مختلف فيه وليس فيه توقيف ولا اتفاق فلا نثبته.

---

(١) موطأ مالك- كتاب الطلاق- باب عدة التي تفقد زوجها ٢/ ٥٧٥.
والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب العدد- من قال في امرأة المفقود تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشراً ثم تحل ٧/ ٤٤٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب العدد- باب ما جاء في أكثر مدة الحمل ٧/ ٤٤٣.

(٥) المرجع السابق.

تخيير الولد في الانتساب إلى من يشاء ممن أشكل الحاقه بواحد منهما:

١٥٩- مسألة: إذا نكحت في العدة وأتت بولد لستة أشهر فصاعداً من حين دخل بها الثاني ولأربع سنين فما دون من طلاق الأول فالولد يمكن أن يكون منهما فنريه القافه فإن ألحقته بالأول ألحق به وانقضت عدتها من الأول واستأنفت عدتها من الثاني وإن لم تلحقه القافه بواحد منهما بل أشكل أمره أو لم يكن قافه فقد اختلف أصحابنا. فقال أبو بكر يضيع نسبه ولا يقف حتى يبلغ فينتسب إلى من يشاء منهما قال:لأنه متهم في ذلك وهو أنه قد ينتسب إلى أشرفها وأيسرها.

وقال شيخنا أبو عبد الله يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أيهما مال طبعه إليه لأنه أعرف بنفسه فيرجع إليه كما رجع إلى المرأة في انقضاء عدتها، فإذا انتسب لحق به دون الثاني ولكن بعد أن وضعته تستأنف ثلاثة أقراء لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها وإن كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الأول.

ابتداء عدة المفارقة في الغيبة:

١٦٠- مسألة: إذا طلقها أو مات عنها وهو غائب عنها فهل تحسب عدتها من يوم الفرقة أم من حين العلم؟.

فنقل صالح:عدتها من حين الفرقة.

ونقل إسحق بن إبراهيم:في عدتها روايتان:

إحداهما: مثل الذي روى صالح.

والثانية: إن كان بلغها بالبينة فالعدة من حين الفرقة موتاً كان أو طلاقاً وإن كان بثبوتها بالخبر فالعدة من حين بلغها، قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبد الله أن العدة تجب من حين الموت أو الطلاق إلا ما رواه إسحاق وهو إذا لم تعلم البينة، فإن قامت البينة فمن يوم يموت أو يطلق.

وجه الأولى: وهي الصحيحة، وبها قال عبد الله بن الزبير[1] وابن

---

(١) لم أجد رأي ابن الزبير في هذه المسألة.

مسعود[1] وعبد الله بن محمد وعبد الله بن عباس[2] لأنه زمان عقيب طلاق مباح مجرد فوجب أن تعتد به كما لو كان حاضراً، وقولنا: مباح احتراز من الطلاق حال الحيض، وقولنا: مجرداً احتراز من الخلع في الحيض، ولأن الفرقة إذا وقعت ومضى زمان العدة ولم تعلم به لم يفقد إلا القصد، وفقد القصد لا يؤثر في صحتها ألا ترى أنها لو كانت مجنونة أو صغيرة انقضت عدتها ولا قصد لها كذلك هاهنا لم يفقد إلا القصد فوجب أن تنقضي العدة.

ووجه الثانية: أن العدة لترك الطيب ولبس الزينة ونحوه وما فعلت هذا فوجب أن لا تنقضي عدتها.

عدة الأمة ذات الشهور في فرقة الطلاق:

١٦١- مسألة: في عدة الأمة المطلقة إذا كانت حائلاً من ذوات الشهور مثل أن كانت صغيرة لم تحض أو كبيرة يئست من المحيض، روايات:

نقل صالح: عدتها شهران.

ونقل الميموني: عدتها شهر ونصف.

ونقل حرب وأبو داود وابن القاسم وابن إبراهيم في استبراء الأمة إذا كانت آيسة: تستبرأ بثلاثة أشهر فيجب أن ينقل كلامه في الاستبراء إلى العدة لا لاتفاقهما في المعنى، فيخرج فيها رواية ثالثة أنها تعتد بثلاثة أشهر.

وجه الأولى: وهي اختيار الخرقي وأبي بكر أن كل شهر في العدة يقابل القرء، بدليل الحرة تعتد بثلاثة اقراء وإذا كانت من ذوات الشهور بثلاثة أشهر فإذا كان كذلك وقد تقرر أن الأمة لو كانت من ذوات الإقراء اعتدت بقرءين فإذا كانت من ذوات الشهور وجب أن تعتد بشهرين.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي كتاب العدد باب العدة من الموت والطلاق والزوج غائب ٧/ ٤٣٥.

(٢) المرجع السابق ٧/ ٤٢٥.

ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب الطلاق- ما قالوا في المرأة يطلقها زوجها ثم يموت عنها من أي يوم تعتد ٥/ ١٩٦.

ووجه الثانية: أنه أمر بني على المفاضلة فالقياس يقتضي أن تكون الأمة فيه على النصف من الحرة كالحدود انها إذا كانت من ذوات الإقراء أن تعتد بقرء ونصف فلم يمكن تبعيضه فكملناه قرءين فلما أمكن تبعيض الشهور وجب أن تعتد بشهر ونصف والأصول على هذا وهو أن كل أمر بني على المفاضلة فإن كان مما لا يتبعض سقط العدد فيه رأساً كالرجم، والميراث، وإن كان مما يتبعض كان على النصف من الحر كالحدود فلما كان هذا مما يتبعض وجب أن يكون على النصف.

ووجه الثالثة: أن العدة تراد لبراءة الرحم وأقل ما يعرف به براءة الرحم بالشهور ثلاثة أشهر لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم أربعين يوماً علقة، ثم يخلق بعد ذلك، ويكبر الجوف وتظهر الإشارات على الحمل، فإذا لم يظهر شيء من هذا دل على براءة الرحم فإذا لم يدل على براءة الرحم أقل من هذا ساوت فيه الحرة كالحمل سواء، فهذا حكم الأمة المطلقة إذا كانت ممن لا تحيض وهكذا الحكم في استبراء الأمة إذاً فتخرج على ثلاث روايات:

إحداها: تستبرأ بشهر، نقلها الميموني، والثانية:بثلاثة أشهر نقلها الجماعة، حرب وابن القاسم وإبراهيم، ويتخرج الثالثة شهر ونصف كالمطلقة والمشهور عنه في الاستبراء ثلاثة أشهر، والمشتهر في المطلقة شهران.

بناء الرجعية على عدة الطلاق الأول إذا روجعت ثم طلقت قبل الدخول:

١٦٢- مسألة: إذا طلق زوجته رجعية ثم راجعها وطلقها بعد الرجعة وقبل الدخول بها فهل تستأنف العدة أم تبنى على ما مضى من العدة الأولى؟

على روايتين: نقل الميموني: أنها تبنى وهو اختيار الخرقي- رحمه الله- ونقل ابن منصور:تستأنف وهو اختيار أبي بكر.

وجه الأولى: أنه إذا طلقها لم يخل إما أن يكون العدة من الطلاق الثاني أو الأول فبطل أن يكون من الثاني لأنه لو كانت منه اقتضى أن لا عدة عليها لأنه طلاق قبل الدخول وإذا افضى إلى هذا ثبت أن العدة عن الأول وإذا كانت عنه فليس غير البناء. ولأنه لو خالعها ثم نكحها ثم طلقها قبل الدخول

بها بنت على العدة رواية واحدة كذلك إذا طلقها ثم راجعها ثم طلقها.

ووجه الثانية: أنه إذا طلقها رجعية فقد شعث النكاح بثلمة أوقعها فيه بدليل أنها ما بانت به منه فإذا راجعها رم الشعث وسد الثلمة وعاد النكاح إلى ما كان عليه قبل الطلاق فكأنه نكاح واحد لم يقع فيه طلاق فإذا طلقها بعده كان عليها أن تستأنف العدة كأنه أول طلاق وقع بها بعد الدخول لأنه صار كأنه نكاح موصول بالدخول مثل هذا ما قلناه إذا ارتدت زوجته فإنها تجري إلى الفسخ. فإذا رجعت إلى الإسلام زال ما حدث في النكاح وعاد بمعناه الأول فلو طلقها بعد ذلك استأنفت العدة، كذلك هاهنا.

نفقة المتوفى عنها وسكناها:

١٦٣ - مسألة: في الحامل المتوفى عن زوجها. هل لها السكنى والنفقة أم لا؟.

فنقل المروذي، وأبو طالب، وحنبل: نفقتها من نصيبها. ونقل مهنا ينفق عليها من جميع المال.

وجه الأولى: وهي الصحيحة، أنها معتدة من وفاة فلا نفقة لها كالحائل ولأنه لا يخلو إما أن تكون النفقة لها أو للحمل فبطل أن يكون للحمل لأن نفقة الأقارب تسقط بالوفاة وبطل أن يكون لها لأنه لو كان لها لكانت لها وإن كانت حائلاً [فإذا] لم تجب لواحد منها بطل وجوبها.

ووجه الثانية: قوله تعالى ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾(١).

ولأنها معتدة بالحمل عن نكاح فكان لها النفقة كالمطلقة الحامل ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن المطلقة الحامل لما وجب لها أجرة الرضاع والحضانة بعد الوضع وجبت لها النفقة والسكنى حال الحمل وليس كذلك في مسألتنا لأنها لما لم يجب لها أجرة الحضانة بعد الوضع كذلك النفقة حال الحمل ولأن النفقة تجب لأجل الحمل وإذا كانت مطلقة فالزوج هو المنفق وإذا كانت متوفى عنها فقد مات الزوج ونفقة الأقارب تسقط بالموت فلهذا فرق بينهما.

---

(١) سورة الطلاق (٦).

سكنى المبتوتة الحائل:

١٦٤- مسألة: في المبتوتة الحائل لا نفقة لها رواية واحدة وهل لها السكنى؟

على روايتين: نقل المروذي وأبو طالب وأبو الحارث والفضل بن زياد:لا سكنى ولا نفقة.

ونقل ابن منصور عنه: السكنى للمطلقة ثلاثاً أوكد من النفقة لقوله: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾[١].

وجه الأولى:- وهي الصحيحة- ما روت فاطمة ابنة قيس أن زوجها طلقها ثلاثاً وأن أخاه أخرجها فقال لها النبي- ﷺ- انظري يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة[٢].

فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة لها ولا سكنى. وروى أبو بكر بإسناده عن فاطمة بنت قيس عن رسول الله ﷺ قال: «للمطلقة ثلاثاً لا سكنى لها ولا نفقة»[٣] وقال أبو بكر في حديث مجالد:إنما السكنى والنفقة لمن

---

(١) سورة الطلاق (٦).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب النفقات- باب المبتوتة لا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً ٧/ ٤٧٣ بلفظ (إنما السكنى والنفقة لمن كانت عليها رجعة) و ٤٧٤ بلفظ:(يا فاطمة إنما السكنى والنفقة لمن كان لزوجها عليها الرجعة) وسنن النسائي- كتاب الطلاق- باب الرخصة في الطلاق الثلاث ٦/ ١٤٤.

(٣) صحيح مسلم- كتاب الطلاق- باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ١١١٤/٢، حديث ١٤٨٠.
وسنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب في نفقة المبتوتة ٢/ ٧١٤ حديث ٢٢٧٦ و ٢٢٨٨.
وسنن الترمذي- أبواب الطلاق- باب ما جاء في المطلقة ثلاثاً لا سكنى لها ولا نفقة ٢/ ٣٢٥ حديث ١١٩١.
وسنن النسائي- كتاب الطلاق- باب الرخصة في الطلاق الثلاث ٦/ ١٤٤ وكتاب العدد باب الرخصة في خروج المبتوتة من بيتها في عدتها لسكناها ٦/ ٢٠٩.
وسنن ابن ماجه- كتاب الطلاق- باب المطلقة ثلاثاً هل لها سكنى ونفقة ١/ ٦٥٦ حديث ٢٠٣٥ و ٢٠٣٦.
وسنن الدارمي- كتاب الطلاق- باب في المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة أم لا ٢/ ١٦٥

يملك الرجعة[1] ولأن السكنى حق يجب على الزوج يوماً فيوم فبطل بالبينونة كالنفقة ولأنها لما لم تستحق النفقة لم تستحق السكنى دليله الحائل المتوفى عنها.

ووجه الثانية: أن السكنى حق لله- عز وجل- يدل عليه قوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾[2] والمراد بها المعتدات، والدليل عليه ما قبل الآية وبعدها اما قبلها فقال: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾[3] ثم قال: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾. قال: ظاهر هذا أنها كناية عادت على مذكور تقدم، وإنما تقدم ذكر المعتدات لا غير ثبت أنه أراد المعتدات وأما بعدها فقال:

﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ فشرط في الإنفاق الحمل وإنما أراد به البائن بالطلاق لأن الزوجة والمطلقة الرجعية لها النفقة حائلاً كانت أو حاملاً، وإذا ثبت بهذا أنها حق الله تعالى لم تسقط بالطلاق ويفارق النفقة لأنها حق للزوجة في مقابلة التمكين من المنفعة وقد عدم ذلك بالبينونة، فلهذا سقطت، ويفارق هذا الحائل المتوفى عنها زوجها أنها لا سكنى لها لأن المغلب في عدة الوفاة التعبد لا الاستبراء بدليل أنها تجب على الصغيرة وعلى غير المدخول بها وإذا كان المغلب هذا والسكنى تراد الاستبراء والمغلب غيره سقط وعدة الطلاق المغلب فيها الاستبراء لأنها لا تجب على غير المدخول بها فلهذا وجب ولأن ملكه زال بوفاته إلى وارثه فكيف تستحق السكنى على غير زوجها؟.

والمبتوتة بخلاف ذلك.

إحداد البائن المفارقة في الحياة:

١٦٥- مسألة: من بانت بطلاق أو خلع أو فسخ هل عليها إحداد أم لا؟

على روايتين: نقل صالح: المتوفى عنها والمطلقة ثلاثاً والمحرمة يجتنبن الطيب، فظاهر هذا أن عليها الإحداد- وهو اختيار الخرقي.

---

(١) تقدم تخريجه في المسألة نفسها.

(٢) سورة الطلاق (٦).

(٣) سورة الطلاق (٤).

والثانية: لا إحداد عليها، أومأ إليه في رواية أبي الحارث، فقال: كل ما روي في الإحداد إنما هو في المتوفى عنها ولم يرد في المطلقة شيء.

ونقل الأثرم عنه وقيل له: المتوفى عنها والمطلقة ثلاثاً تدعان الزينة والطيب؟ قال: نعم. قيل له: هما في التوكيد سواء، قال: لا لعمري لأن الأحاديث في الوفاة فظاهر هذا أنه لا إحداد عليها وهو اختيار أبي بكر في كتاب الخلاف.

وجه الأولى: أنها معتدة عن نكاح فوجب أن يكون عليها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها، ولأن عدة المبتوتة أضيق من عدة المتوفى عنها زوجها، بدليل أنها ممنوعة من الخروج في حوائجها والمتوفى عنها زوجها (غير ممنوعة) فكانت المبتوتة أولى.

ووجه الثانية: أنها معتدة عن طلاق فوجب أن لا يكون عليها إحداد كالرجعية. ولأن الإحداد إظهار الحزن والأسف على فراقه والفائت بوفاته والوفاة تقتضي هذا فإنه لا صنع له بفراقها والمطلقة لا أسف لها عليه ولا حزن لأنه هو الذي طلقها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه وهي من أبغض الناس له.

تحريم المرأة على من نكحها في العدة تحريماً مؤبداً:

١٦٦ - مسألة: إذا عقد على امرأته في عدتها ودخل بها فهل تحرم عليه على التأبيد أم لا؟

نقل حرب: أنها لا تحرم وأن للثاني أن يتزوج بها بعد انقضاء العدتين وهو اختيار الخرقي، وحكى شيخنا فيها رواية أخرى: أنها تحرم عليه وقد أومأ إليه أحمد - رحمه الله - في رواية أبي الحارث، وقد سأله إذا نكحها في العدة ثم أراد أن يجدد النكاح فقال: فيه اختلاف وقد صرح به في رواية حنبل فقال: إذا تزوجت المرأة في عدتها فرق بينهما وكان لها المهر بما استحل من فرجها ولا يجتمعان أبداً ومن ذهب إلى هذا احتج بأنه استعجل الحق قبل وقته فحرمه في وقته كالميراث إذا قتل الرجل مورثه فإنه لا يرث لأنه استعجل الحق قبل

وقته فحرمه في وقته ولأنه يفسد النسب فوجب أن يوقع التحريم على التأبيد كاللعان.

والوجه في أنها لا تحرم أنه وطء لو كان مباحاً لم تحرم به على التأبيد فإذا كان حراماً لم تحرم به على التأبيد كالذي لا يفسد النسب.

ولأنه وطء فلم يحرم الموطوءة على التأبيد كالموطوءة بشبهة، بل هذا أولى، لأن الوطء إنما يحرم الموطوءة على غير الواطىء، فأما عليه فلا.

تربص زوجة المفقود وعدتها:

١٦٧ - **مسألة:** في المفقود وهو إذا غاب عن زوجته وكان الظاهر من حاله الهلاك مثل أن يفقد من بين أهله ليلاً أو يكون في البحر فيكسر بهم البحر ويغرق قوم ويسلم قوم ولا يعرف خبره أو يكون بين الصفين في حرب فيفقد أو يكون في طريق مكة فيلحقهم شدة ويهلك قوم ويسلم قوم ولا يعرف خبره.

فنقل الجماعة منهم ابن منصور وحنبل: أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل وأربعة أشهر وعشراً مدة عدة الوفاء وتحل للأزواج بعد ذلك.

ونقل أبو الحارث عنه وقد سئل عن امرأة المفقود، إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً ثم تزوجت فجاء الزوج الأول وكيف تصنع؟ فقال: قد كنت أقول: إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً تزوجت وقد ارتبت فيها اليوم وهبت الجواب فيها لما قد اختلف الناس فيها فكأني أحب السلامة. ونقل مهنا عنه: اختلف الناس في امرأة المفقود فظاهر هذا التوقف عن اباحتها للأزواج وأنها تكون زوجته حتى تستبين أمره وفقده أو تمضي مدة الغالب في مثلها أن لا يعيش.

وقد قال في رواية المزني: تبقى إلى أن يمضي عليها تسعون سنة.

وجه الأولى: وهي الصحيحة، إجماع الصحابة روي عن ستة من الصحابة: عمر وعثمان وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير ، فروى سعيد بن المسيب أن عمر وعلياً قالا في امرأة المفقود: تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من بدا لها فإن قدم زوجها خير بين امرأته وبين الصداق، فإن اختار

امرأته عزلت عن زوجها الأخير ثم ترد إلى زوجها الأول وإن اختار الصداق كانت عند زوجها الأخير وأعطي الزوج الأول صداقه[1].

وبإسناده عن عمر وعثمان قضيا في امرأة المفقود:تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً بعد ذلك ثم تتزوج فإن جاء زوجها الأول خير بين الصداق وبين امرأته[2]، وروى جابر بن زيد عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس قالا في امرأة المفقود:تنتظر أربع سنين[3]، وروى ابن القاسم قال قضى فينا ابن الزبير في مولاة لهم غاب زوجها عنها فتزوجت فجاء الأول:أنه مخير بين المرأة إن شاء وبين صداقها[4]، ولأن المعسر بالنفقة والمولى والعنين تملك امرأته فسخ النكاح لما عليها من الضرر بمنع النفقة وعدم الوطء فأولى أن تملك هاهنا الفسخ وقد عدمت الاستمتاع والإيواء والسكنى والنفقة أيضاً.

ووجه الثانية: ما روى المغيرة بن شعبة أن النبي- ﷺ- قال: امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها[5] ولأنه إذا جهل موته وقع الملك في زوال الزوجية والشك إذا وقع في زوال الزوجية بنى الأمر فيها على اليقين كمن شك هل طلق أم لا؟ وهل طلق ثلاثاً أم واحدة؟ فإنه يبنى على اليقين كذلك هاهنا.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب العدد باب من قال: بتخيير المفقود بينها وبين الصداق ٧/ ٤٤٦ و ٤٤٧.

ومصنف عبد الرزاق- كتاب الطلاق- باب التي لا تعلم مهلك زوجها ٧/٨٥ وما بعدها حديث ١٢٣١٧ وما بعده.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب العدد- باب من قال بتخيير المفقود بينها وبين الصداق ٧/ ٤٤٦.

ومصنف عبد الرزاق- كتاب الطلاق- باب التي لا تعلم مهلك زوجها ٧/ ٨٥ حديث ١٢١١٧.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب العدد- باب من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشراً ثم تحل ٧/ ٤٤٥.

(٤) لم أجد هذا الأثر عن ابن الزبير.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب العدد- باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها اليقين ٧/ ٤٤٥.

فإن قلنا انها تتربص وتتزوج فهل يجب عليها أن تصير إلى الحاكم حتى يحكم بفرقتها بوفاته ثم تعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً أم لا؟

نقل ابن منصور إذا فقدت تربصت أربع سنين وأربعة أشهر ثم تزوجت قيل له وإن لم تأت السلطان. قال: أحب إلي أن تأتي السلطان، فظاهر هذا أن فرقة الحاكم ليست بشرط في ذلك.

ونقل الأثرم وقد سئل هل تتربص من يوم فقدت زوجها أم من يوم ترفع أمرها إلى السلطان؟. فقال: أما حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن ابن أبي ليلى قال: فارتفعت إلى عمر فقال: متى فقدت فقالت: من أربع سنين. فأجلها عمر أربع سنين أخرى[1]. وهذا بين جداً. وليس هو في حديث آخر غيره البتة فظاهر هذا أنه أخذ به فتكون المسألة على روايتين:

وجه الأولى: في أن ضرب الحاكم المدة ليس بشرط أن المفقود ضربناله المدة وحملنا أمره على حكم الموت بمنزلة شاهدين شهدا بوفاته ثم ثبت أن الموت لا يفتقر في ضرب المدة فيه إلى حكم حاكم فبان لا يفتقر الفرع المبنى عليه أولى.

ووجه الثانية: أن في ذلك شرطاً وان فقد الزوج يفتقر إلى استبحاث واجتهاد وما كان هذا طريقه لم تنفرد الزوجه به كفرقة العنة والإعسار بالنفقة.

فأما ولي الزوج فهل طلاقه معتبر بعد مدة التربص أم لا؟

نقل حنبل لفظين: أحدهما قال: تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرة أيام ثم يقال للولي: طلق بعد ذلك.

ووجه الأولى: ما تقدم من الأخبار وليس فيها ذكر طلاق الولي ولأن حكم الحاكم بتفريقهما يكفي.

ووجه الثانية: ما روى جلاس أن علياً قال في امرأة المفقود تتربص أربع

---

(١) مصنف عبد الرزاق- كتاب الطلاق- باب الذي لا تعلم مهلك زوجها ٧/ ٨٦ حديث ١٢٣٣٠ و ١٢٣٣١.

سنين ثم يطلقها ولى زوجها ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً[١].

وروى جابر بن زيد قال: تذاكر ابن عمر وابن عباس امرأة المفقود فقال: تتربص أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً[٢] والأول اختيار أبي بكر وشيخنا.

وقد اختلفت الرواية عن أحمد في هذه الرواية المروية في طلاق الولي هل هي صحيحة أم لا؟

فنقل ابن منصور عنه في حديث عبد الله بن عمر: تتربص أربعة أشهر وعشراً ثم يدعى ولي الزوج فيطلقها ثم تعتد عدة المطلقة ثم تزوج. هذا أكثر ما فيه وهو حديث ضعيف.

ونقل الأثرم عنه: حديث عبيد الله بن عمير أحسنها وفيه الطلاق. فإن عاد الزوج الأول وقد تزوجت ودخل بها الثاني فإن الأول مخير بين فسخ نكاح الثاني وإمساكها بالعقد الأول، وبين تركها على نكاح الثاني، وأخذ الصداق وإن عاد قبل الدخول بها فعلى روايتين:

نقل أبو الحارث: إذا تزوجت امرأته فجاء، خير بين الصداق وبين امرأته، فظاهر هذا أنه يخير قبل الدخول وبعده.

ونقل الأثرم: إذا قدم الأول فإن كان قبل الدخول فهي امرأته ولا تخيير وإن كان بعد الدخول خير بين الزوجة والصداق. فظاهر هذا أن النكاح الثاني يتبين أنه كان باطلاً وهي زوجة الأول.

وجه الأولى: ما روي عن عمر وعثمان أنهما قضيا بالتخيير بين أن يسمكها ويرد المهر أو يردها ويأخذ المهر ولم يفرقا بين قبل الدخول وبعده[٣]، ولأن

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي - كتاب العدد - باب من قال في امرأة المفقود تنتظر اربع سنين ٧/ ٤٤٥ عن عمر وعلي.
ومصنف عبد الرزاق - كتاب الطلاق - باب التي لا تعلم مهلك زوجها ٧/ ٨٦ حديث ١٢٣٢٠ عن عمر.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي في الباب السابق ٧/ ٤٤٥ وليس فيه (ثم يطلقها ولي زوجها).

(٣) تقدم تخريجه في نفس المسألة.

الرجوع الأول لا يمنع الثاني التخيير كما لو كان الثاني قد دخل بها فعلى هذه الرواية يجب أن يقال:ان نكاح الثاني مراعى. فإن فسخه تبين أنه كان فاسداً وإن عقد الأول كان باقياً وإن أمضاه تبينا أنه كان صحيحاً. وأن نكاح الأول قد انفسخ وليس يمتنع أن نقول:ان نكاح الثاني مراعى ويستبيح الوطء كما لو وجد كل واحد من الزوجين بصاحبه عيباً فإنه يستبيح الوطء وإن كان هذا النكاح مراعى بمعنى أنه يملك فسخه.

ووجه الثانية: وهي أصح عندي، انا نتبين أن الفرقة كانت باطلة في الباطن وان عقده كان باقياً لأنه صادف امرأة ذات زوج فلهذا كان للأول إمساكها بالعقد الأول دون الثاني ويفارق هذا إذا جاء وقد دخل بها، لأن الصحابة قضوا بذلك ولأن العقدين قد تساويا لأن كل واحد منهما عقده وهو ممن يجوز له عقده في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول الذي يتعلق به وجوب المهر والعدة ولحوق النسب فقدم لأجل هذه المزية، ولا هكذا إذا لم يكن دخول لأن المزية للأول فلهذا لم يصح نكاح الثاني. فإذا قلنا:ان الأول مخير بعد الدخول بين إمساكها وبين تركها وأخذ الصداق فكم قدر الصداق؟

فنقل أبو الحارث: إذا جاء زوجها وقد تزوجت خير بين الصداق وبين امرأته: إما أن يأخذ الصداق الذي ساقه إليها وإلا فهي امرأته. فظاهر هذا أنه يأخذ الصداق الأول دون الثاني.

ونقل إسحاق بن إبراهيم: إذا كان الأول أمهرها الفين فأمهرها الثاني ألفاً فإنه يؤخذ بالمهر الأخير.

وجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر - وهو أصح - ما روى مكحول أن عمر قضى ان جاء زوجها خير بين امرأته وبين صداقها الذي أصدقها[1]، وروى السائب عن عثمان بن عفان قال: إن جاء زوجها خير بين الصداق الأول وبين

---

(١) تقدم تخريجه في المسألة نفسها وليس فيه نص على الصداق الأول، بل في مصنف عبد الرزاق- كتاب الطلاق- باب من لا تعلم مهلك زوجها ٧/ ٨٦ حديث ١٢٣٢٠ أن عمر خير الزوج الأول بين زوجته وبين الصداق الذي أصدقت.
وهذا أقرب إلى الصداق الثاني.

زوجته[1]. ولأن خروج البضع من ملك الزوج إذا كان من جهة المرأة، فإن الرجوع عليها بالمسمى الذي دفعه إليها. والدليل عليه إذا خرجت زوجة الحربي مسلمة مهاجرة وكان عقد الأمان على أن ترد نساؤهم المسلمات فإنهم لا يردون ويرد الصداق الذي وقع عليه العقد.

ووجه الثانية: أنها إذا تزوجت فقد حصل إتلاف البضع من جهتها وكان يجب أن يرجع عليها بقيمته إلا أن البضع لا يتقوم إلا على زوج أو من هو جار مجراه وليست بزوج ولا جارية مجراه يعني أن مهر المثل هو قيمة البضع وإذا لم يمكن الرجوع بمهر المثل فيجب أن يرجع عليها بالمسمى الثاني دون الأول لأن الفساد والإتلاف بالعقد الثاني حصل.

فإن تزوجت امرأته بعد أربع سنين وزمان العدة ثم أتت بولد فهو للثاني دون الأول لأنا قد حكمنا بانقضاء هذه المدة أن الولد لا يلحق به وإن تزوجت في دون أربع سنين وجاءت بولد قال أبو بكر: فيها قولان:

أحدهما: هو للثاني. قال: وهو أصح. والثاني: يحتمل أن يكون للأول والثاني إذا كان للثاني ستة أشهر منذ عقد عليها فيدعى لها القافة فإن الحقوه بالأول كان عليها أن تعتد للوطء وترجع إلى زوجها الأول، وإن الحقوه بالثاني كان الوضع خروجاً من العدة وترجع إلى الأول وكان على الثاني رضاع ولده لأن حجرها لغيره إلا أن يسمح الزوج الأول وعندي أنه لا يجوز الا هذا.

الوجه الثاني: أنها إذا تزوجت قبل أربع سنين حكمنا ببطلان النكاح لأن النكاح حصل وهي في العدة من الأول فالولد يمكن أن يكون منهما فيدعى له القافة ولا يجوز أن يحكم للثاني دون الأول.

فأما مال المفقود

فلا يجوز قسمته قبل الأربع سنين. وهل يجوز بعد أربع سنين وقبل زمان العدة؟

---

(١) تقدم في المسألة نفسها، وليس فيه نص على الصداق الأول.

على روايتين: نقل إسماعيل بن سعيد إذا مضت أربع سنين قسم ماله.

ونقل الأثرم:إذا أمرت امرأته أن تتزوج قسم ماله بين ورثته.

وجه الأولى: إنا حكمنا بالعقد بمضي أربع سنين وإنما جعلت الشهور عدة من الوفاة وقسمة المال لا تقف على انقضاء عدة الوفاة كما لو علمنا موته يقيناً.

ووجه الثانية: أنها حالة لا يجوز للزوجة فيها التزويج فلا يجوز قسم المال فيها دليله قبل مضي مدة أربع سنين.

فإن قدم وقد قسم ماله فما كان موجوداً وجب رده عليه وما كان تالفاً بالقسمة فهل على متلفه ضمان أم لا؟

المنصوص عنه في رواية ابن منصور:لا ضمان عليه لأنه إتلاف بحق فلم يضمنه وذلك أن من حصل في يده فقد حكم له بملكه في الظاهر فلم يضمن ما أتلفه. وقال أبو بكر:فيها روايتان:إحداهما: يضمن لأنه قد تبين أنه أتلف مال غيره وأنه لم يكن مالكاً لذلك ولأنه لو قدم وقد تزوجت امرأته وقد دخل بها يخير الأول بين تركها عليه وأخذ الصداق لأجل خروجها عن ملكه كذلك هاهنا يجب أن يضمن القيمة.

عدة الوفاة على أم الولد:

١٦٨ - مسألة: في أم الولد إذا مات عنها سيدها ففيها روايتان:إحداهما: تعتد أربعة أشهر وعشراً نقلها محمد بن العباس وأومأ إلى ذلك في رواية أحمد بن القاسم فقال:كنت أقول:حيضة ثم دخلني منه شك.

والثانية: عدتها بعد موته بمنزلة بعد العتق حيضة ويكون ذلك استبراء لا عدة ونقل ذلك صالح والمروذي وأبو الحارث.

وجه الأولى: ما روى قبيصة بن ذويب عن عمرو بن العاص أنه قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً[١]: يعني أم الولد ولأنها

---

(١) سنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب في عدة أم الولد ٢/ ٧٣٠ حديث ٢٣٠٨- وسنن ابن ماجة- كتاب الطلاق- باب عدة أم الولد ١/ ٦٧٣ حديث ٢٠٨٣.

عدة عن وفاة في حال حرية مستقرة قبل الوفاة فوجب أن يكون أربعة أشهر وعشراً دليله الزوجة الحرة ولا يلزم عليه إذا أعتقها لقولنا:عن وفاة ولا يلزم عليه المدبرة لأن تلك لم تستقر الحرية في حال الحياة.

ووجه الثانية: وهي أصح- واختارها الخرقي فوجهه أن عدة الوفاة إنما تجب عن نكاح له حرمة بدليل أن الموطوءة بشبهة لا يجب عليها عدة الوفاة وليس بينه وبين أم ولده نكاح فوجب ألا يجب عليها عدة للوفاة بموته.

الاستبراء:

١٦٩ - مسألة: إذا أعتق أم ولده أو مدبرته فإن استبراءهن بقرء وكذلك الأمة المشتراة والحرة المسلمة فإن لم يكن ذوات الإقراء وكن من ذوات الشهور لكبر أو صغر ففيها روايتان، إحداهما: تستبرأ بشهر ذكره أبو بكر في كتاب الخلاف عن أحمد في رواية الميموني، والثانية: تستبرأ بثلاثة أشهر نص عليه في رواية حرب وأبي داود وابن القاسم وابن إبراهيم.

وجه الأولى: أن القرء في مقابلة الشهر بدليل أن من كانت من ذوات الاقراء اعتدت بثلاثة اقراء فإذا كانت من ذوات الشهور اعتدت بثلاثة أشهر فإذا كان الشهر في مقابلة القرء وقد ثبت أنها لو كانت من ذوات الإقراء تستبرأ بقرء واحد وجب إذا كانت من ذوات الشهور أن تستبرأ بشهر واحد.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة، وهي اختيار الخرقي وأبي بكر: أن الاستبراء يراد لبراءة الرحم وأقل ما يعرف به براءة الرحم بالشهور ثلاثة أشهر لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ثم أربعين علقة ثم يخلق بعد ذلك وتكبر الجوف ويظهر أمارات الحمل فإذا لم يظهر شيء من هذا دل على براءة الرحم فإذا لم يدل على براءة الرحم أقل من هذا ساوت الحرة الأمة فيه كالحمل سواء.

استبراء الأمة إذا كان لا يوطأ مثلها:

١٧٠ - مسألة: إذا ابتاع أمة مثلها لا يوطأ هل يجب عليها الاستبراء؟

نقل الفضل بن عبد الصمد: تستبرأ وإن كانت صغيرة في المهد ونقل ابن القاسم: تستبرأ بثلاثة أشهر إن كانت في حد يوطأ مثلها قيل له: فإن كانت صغيرة قال: كيف هذا؟ تستبرأ في المهد، فظاهر هذا أنه لا استبراء - عليها إذا كان مثلها لا يوطأ.

ووجهه: أن الاستبراء إنما يراد لمعرفة براءة رحمها والصغيرة قد عرفت براءة رحمها فلا معنى للاستبراء.

ووجه الأولى: أنه استباحة استمتاع جارية بملك يمين بعد أن كانت محرمة عليه فوجب أن يستبرئها، أصله من يوطأ مثلها وقولنا: بملك يمين احتراز منه إذا تزوج بها وقولنا: بعد أن كانت محرمة احتراز من التي كانت زوجته فاشتراها فلا استبراء عليها لأنها كانت مباحة ولأن اعتبار من يجامع مثله ولا يجامع يشق لأن الفصل بينهما لا يمكن فإنها قد تكون صغيرة السن قوية يمكن جماعها وقد تكون كبيرة السن ولا يمكن جماعها لضعفها فلما تعذر الفصل بينهما حسمنا الباب في الكل فأوجبنا الاستبراء على الكل ألا ترى أن الله تعالى حرم الخمر لعلة وهو أنها تصد عن الصلاة وذكر الله، ووجدنا أن النقطة لا تسكر والكثير يسكر وتعذر الفرق بينهما لأن ذلك يختلف باختلاف الزمان والمكان والأبدان والشراب، فالزمان إن كان شدة حر يسارع السكر فيه وإن كان شدة برد تبطأ، والمكان إن كان من البلدان الحارة سارع، وإن كان من البلدان الباردة تباطأ والأبدان إن محروراً يسارع وإن كان مرطوباً تباطأ، والشراب إن كان قوياً كالشيرازي منه يسارع السكر، وإن كان ضعيفاً كالعكبري ونحوه تباطأ، فلما تعذر الفرق بينهما حسمنا الباب فحرمنا الكل، كذلك ها هنا.

استبراء البائع للأمة إذا رجعت إليه قبل القبض:

١٧١ - مسألة: إذا باع أمته ثم أقاله المشتري فيها وعادت إليه فهل على البائع استبراء؟

على روايتين: نقل ابن القاسم ويعقوب بن بختان: عليه الاستبراء قبل القبض وبعده.

ونقل ابن سافرى وعبيد الله بن محمد الفقيه: إذا كانت الإقالة بعد القبض والتفرق فعليه الاستبراء فإن كانت قبل ذلك فلا استبراء (ولفظ كلامه: إذا باع من رجل جارية وقبضها منه ولما يفترقا حتى تقايلا لم يجب عليه أن يستبرئها فإن غابت عنه ثم تقايلا كان عليه الاستبراء.

ووجه الأولى: - وهي الصحيحة - أنه استباحة استمتاع جارية بملك اليمين بعد ان كانت محرمة عليه فكان عليه أن يستبرئها كما لو كانت الإقالة بعد القبض والتفرق.

ووجه الثانية: أنه لا معنى للاستبراء مع العلم بأنه لم يكن المشتري واطئاً لها

استبراء الأمة المسبية:

١٧٢ - مسألة: في الأمة المسبية هل تباح قبلتها ووطؤها دون الفرج في مدة الاستبراء أم لا؟

نقل الفضل بن زياد عنه في الحائل توجد في السبي، هل توطأ؟

قال: لم يعجبنا. قيل له: فتقبل. قال: لا يعجبنا ولا يأتيها دون الفرج فظاهر هذا المنع.

ونقل ابن القاسم في الرجل يشترى الجارية: لا يجامعها دون الفرج قبل أن يستبرئها، لأنه لا يأمن أن تكون أم ولد لرجل. قيل له: فالمسبية عندك حالها هذا، قال: نعم وهذا أيسر حالاً وأمر تلك أشد.

فظاهر هذا أنه فرق بينهما وسهل أمر المسبية.

ووجه الأولى: أن من وجب استبراؤها بحق الملك لم يجز قبلتها، دليله المشتراة.

ووجه الثانية: ان قبلتها ومباشرتها دون الفرج يأمن معه اختلاط مائه بماءغيره، ويأمن أن يستمتع بأم ولد غيره، لأنه لو كانت حاملاً لم يزل ملكه عنها ولم يثبت لذلك الاستيلاء حكم، ويفارق هذا الأمة المشتراة، لأنه لا يأمن أن يستمتع بأم ولد غيره، لأنه متى استبان حملها فسخ البيع، فلهذا فرقنا بينهما.

لحوق النسب بوطء الشبهة:

١٧٣ - مسألة: إذا وطىء امرأة بشبهة يظنها زوجته فبان أنها أجنبية ثم أتت بولد فهل يلحق به إذا لم يكن لها زوج؟.

فقال أبو بكر فيما وجدته بخطه: قال:لا يلحق به، قال: وإنما يلحق فيما كان من نكاح صحيح أو فاسد، قال: لأن أحمد قال في رواية مهنا في مجنون وقع على امرأة فوطئها وجاءت بولد: لا يلزمه. فقيل له: لم درأت الحد عنه لم لا يلزمه الولد. قال: الولد للفراش وليس للمجنون فراش، قال أبو بكر: ومن أصحابنا من يلحق به الولد، قال: لأن أحمد قال في رواية ابن منصور فيمن تزوج بخامسة وهو لا يعلم: يلحق به الولد. فكل من درأت عنه الحد الحقت به الولد، واحتج أبو بكر بأن هذا وطء لا يستند إلى عقد صحيح ولا فاسد فلم يلحق الولد، دليله وطء الزنا قال: ولا يشبه هذا ما قاله أحمد في نكاح الخامسة، لأن الوطء في نكاح فاسد.

ووجه من قال يلحق به- وهو الصحيح- لأنه وطء يصادف فراش غيره فإذا اعتقد أنه فراش له يجب أن يلحق به النسب، دليله الوطء في النكاح الفاسد.

ولا فرق بينهما، لأن النكاح الفاسد يستند إلى شبهة الملك وهاهنا أيضاً يستند إلى ذلك المعنى، لأنه يعتقد أنه يطأ في ملك نكاح، ولا يشبه هذا ما قاله أحمد في وطء المجنون لأمة لأنه ليس له اعتقاد صحيح والنسب إنما يلحق بالاعتقاد للفراش.

قدر الرضاع المحرم:

١٧٤ - مسألة: اختلفت الرواية في قدر الرضاع الذي يتعلق به التحريم.

فنقل أبو الحارث:لا يتعلق بأقل من خمس رضعات متفرقات، وهو اختيار الخرقي، وهو أصح.

ونقل حنبل عنه:تحريم الرضاع يتعلق بالرضعة الواحدة فقال: كلما كان

قبل الحولين قليلاً أو كثيراً يحرم، واحتج بأن السوداء قالت: قد أرضعتكما[1] ولم تحد.

ونقل محمد بن العباس: التحريم يتعلق بثلاث رضعات ولا يتعلق بأقل من ذلك، واحتج بقول النبي - ﷺ - لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان[2] فأرى أن الثالثة تحرم.

وجه الأولى: ما روته عمرة عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: كان فيما أنزل الله تعالى عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس يحرمن فمات رسول الله - ﷺ - وهو مما يتلى من القرآن[3] فأخبرت أن التحريم نقل من العشر إلى الخمس وعلق بها فمن علق ذلك على ما دون الخمس كان نسخاً لتعلقه بالخمس، لأن الرضعة تصادف محلاً محرماً فلا يتعلق بها تحريم، وهذا كما قلنا في قول النبي - ﷺ -: طهور إناء أحدكم إذا ولغ الكلب فيه أن يغسل سبعاً إحداهن

---

(١) صحيح البخاري - كتاب النكاح - باب شهادة المرضعة ٣/ ٢٤٤.
وسنن الترمذي - أبواب النكاح - باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ٢/ ٣١٠ حديث ١١٦١.
وسنن الدارمي - كتاب النكاح - باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ٢/ ١٥٧.
ومصنف عبد الرزاق - في الرضاع - باب شهادة امرأة على الرضاع ٧/ ٤٨١، حديث ١٣٩٦٧.
ومصنف ابن أبي شيبة - كتاب النكاح - في الرجل يتزوج المرأة فتجيء المرأة فتقول: قد أرضعتكما ٤/ ١٩٦.

(٢) سنن ابن ماجة - كتاب النكاح - باب لا تحرم المصة ولا المصتان ١/ ٦٢٤ حديث ١٩٤٠.
ومصنف ابن أبي شيبة - كتاب النكاح - من قال: لا تحرم الرضعتان والرضعة ٤/ ٢٨٥.

(٣) صحيح مسلم - كتاب الرضاع - باب التحريم بخمس رضعات ٢/ ١٠٧٥ حديث ١٤٥٢.
موطأ مالك - كتاب الرضاع - باب جامع ما جاء في الرضاعة ٢/ ٦٠٨ حديث ١٧ وسنن ابن ماجة كتاب النكاح باب لا تحرم المصة ولا المصتان ١/ ٦٢٥ حديث ١٩٤٢ وسنن الترمذي أبواب الرضاع - باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان، ٢/ ٣٠٨ حديث ١١٦٠.
وسنن النسائي - كتاب النكاح: القدر الذي يحرم من الرضاعة ٦/ ١٠٠.
وسنن أبي داود - كتاب النكاح - باب هل يحرم ما دون خمس رضعات ٢/ ٥٥١ حديث ٢٠٦٢
وسنن الدارمي - كتاب النكاح - باب كم رضعة تحرم ٢/ ١٥٧
ومصنف عبد الرزاق - في الرضاع - باب القليل من الرضاع ٧/٤٦٦ حديث ١٣٩١٣.

بالتراب[١] فعلق طهارته بالسبع، فإذا علق على ما دونها كان نسخاً لتعلقه بها، لأن السابعة تصادف محلاً طاهراً فلا يتعلق بها التطهير وروى الزهري عن عمرة عن عائشة أن سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة أتت النبي - ﷺ - فقالت: يا رسول الله إنا كنا نرى سالماً ولداً، وكان يدخل عليَّ، ولنا فضل ومالنا إلا بيت واحد وقد كان ما علمت فما ترى في شأنه؟ فقال: أرضعيه خمس رضعات يحرم بهن[٢]. وكان السبب في هذا أن التبني كان مباحاً في صدر الإسلام وكان رسول الله - ﷺ - قد تبنى زيد بن حارثة[٣] فكان يدعى: زيد بن محمد فلما أراد رسول الله - ﷺ - أن يتزوج زوجة زيد بعدما طلقها حرم الله التبني ونسخه حتى لا يكون النبي - عليه السلام - قد تزوج زوجة ابنه فنزل قوله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله﴾[٤] الآية فكان زيد بعد ذلك يدعى زيد

(١) صحيح مسلم- كتاب الطهارة- باب حكم ولوغ الكلب ١/ ٢٣٤ حديث ٢٧٩.
وسنن الترمذي- أبواب الطهارة- باب ما جاء في سؤر الكلب ١/ ٦١ حديث ٩١ وسنن النسائي- كتاب الطهارة- باب تعفير الإناء الذي ولغ فيه الكلب بالتراب ١/ ٥٤.
وسنن ابن ماجه- كتاب الطهارة- باب غسل الإناء من ولوغ الكلب ١/ ١٣٠ حديث ٣٦٣.
وسنن أبي داود- كتاب الطهارة باب الوضوء بسؤر الكلب ١/ ٥٧ حديث ٧١.

(٢) صحيح البخاري- في النكاح- باب الاكفاء ٣/ ٢٤١.
وصحيح مسلم- كتاب الرضاع- باب رضاع الكبير ٢/ ١٠٧٦ حديث ١٤٥٣.
وسنن النسائي- كتاب النكاح- باب رضاع الكبير ٦/ ١٠٤ بلفظ: (أرضعيه **تحرمي** عليه).
وسنن ابن ماجة- كتاب النكاح- باب رضاع الكبير ١/ ٦٢٥ حديث ١٩٤٣.
وسنن أبي داود- كتاب النكاح- في رضاع الكبير- باب من حرم به ٢/ ٥٤٩ حديث ٢٠٦١.
وسنن الدارمي- كتاب النكاح- باب رضاعة الكبير ٢/ ١٥٨ وموطأ مالك- كتاب الرضاع- باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر ٢/ ٦٠٥.
ومصنف عبد الرزاق في الرضاع- باب رضاع الكبير ٧/ ٤٥٩ حديث ١٣٨٨٦.

(٣) صحيح البخاري- كتاب النكاح- باب الاكفاء في الدين ٣/ ٢٤١ وسنن أبي داود- كتاب النكاح- باب من حرم برضاع الكبير ٢/ ٥٤٩ حديث ٢٠٦١.
وصحيح مسلم- كتاب فضائل الصحابة- باب فضائل زيد بن حارثة ٤/ ٨٨٤ حديث ٢٤٢٥.

(٤) سورة الأحزاب (٥).

ابن حارثة، وكان أبو حذيفة زوج سهلة قد تبنى سالماً وكان يدخل على زوجته وعليه لأنه كان ولداً لهما فلما نسخ التبني وحرم كان يدخل عليهما فيرى الكراهية في وجه أبي حذيفة لأنه صار أجنبياً فجاءت سهلة إلى النبي - ﷺ - فذكرت له ذلك فقال لها ما قال.

فوجه الدلالة أن النبي - ﷺ - علق التحريم بالخمس فلا يجوز تعليقه على ما دونها لأنه كان نسخاً لتعلقه بها.

ووجه الثانية: ما روي عن النبي - ﷺ - أنه قال: يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة[1] - والولادة لا يعتبر فيها العدد كذلك الرضاع المشبه بها، ولأنه فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يشترط فيه العدد كتحريم أمهات النساء وحلائل الأبناء يتعلق بالوطء والعقد من غير أن يعتبر فيه العدد ولا يلزم عليه اللعان أنه يتعلق به تحريم مؤبد ويعتبر فيه التكرار لأنه قول والرضاع فعل، ولا يلزم عليه الطلاق لأنه قول ولأنه لا يتعلق به تحريم مؤبد.

ووجه الثالثة: ما روى عبد الله بن الزبير أن النبي - ﷺ - قال لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة ولا المصتان[2].

(١) صحيح البخاري - كتاب الجهاد والسير - باب ما جاء في بيوت أزواج النبي - ﷺ - ٢/ ١٨٩ بلفظ (الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة). وصحيح مسلم - كتاب الرضاعة - باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ٢/ ١٠٦٨ حديث ١٤٤٤.
وسنن أبي داود - كتاب النكاح باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ٢/ ٥٤٥ حديث ٢٠٥٥
وسنن الترمذي - أبواب الرضاع - باب ما جاء يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ٢/ ٣٠٧ حديث ١١٥٦ و ١١٥٧
وسنن النسائي - كتاب النكاح - باب ما يحرم من الرضاع ٦/ ٩٨ و ٩٩ وسنن ابن ماجة - كتاب الرضاع - باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ١/ ٦٢٣ حديث ١٩٣٧.
وموطأ مالك - كتاب الرضاع - باب رضاعة الصغير ٢/ ٦٠١
وباب ما جاء في الرضاعة ٢/ ٦٠٧
وسنن الدارمي - باب ما يحرم من الرضاع ٢/ ١٥٦
ومصنف عبد الرزاق في الرضاع ٧/ ٤٧٦ حديث ١٣٩٥٢.

(٢) صحيح مسلم - كتاب الرضاع - باب في المصة والمصتان ٢/ ١٠٧٣، حديث ١٤٥٠
وسنن ابن ماجة - كتاب الرضاع - باب لا تحرم المصة ولا المصتان ١/ ٦٢٤ حديث ١٩٤٠ =

وروت عائشة- رضي الله عنها- أن النبي- ﷺ- قال: لا تحرم المصة ولا المصتان[1]. فلما نص على الاثنتين دل على أن الثلاث تحرم، ولأنه سبب يوقع تحريماً لا يختص وجوده من الزوجين فوقف على الثلاث كالطلاق ولا يلزم عليه التحريم بالوطء واللعان لأنه يختص وجوده من الزوجين.

انتشار حرمة الرضاع بالسعوط والوجور:

١٧٥- مسألة: في الوجور والسعوط هل يتعلق به التحريم؟

فنقل محمد بن الحكم لا يتعلق به التحريم وإنما يتعلق بالإرتضاع من الثدي وهو اختيار أبي بكر. وقال الخرقي: والوجور كالرضاع، وكذلك السعوط.

وجه الأولى أن اللبن حصل في جوفه من غير ارتضاع فلا يتعلق به التحريم دليله لو وصل من جرح في بدنه وما لداه صحيحاً.

ووجه الثانية: وهو أصح قول- النبي ﷺ-: الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم[2] وهذا موجود في الوجور، ولأنه عدد مخصوص من لبن مخصوص حصل في الجوف في وقت مخصوص على وجه يغذي فتعلق به التحريم

= وسنن الترمذي- أبواب الرضاع- باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان ٢/ ٣٠٨ حديث ١١٦٠.

وسنن الدارمي- كتاب النكاح- باب كم رضعة تحرم ٢/ ١٥٧.

وسنن النسائي كتاب النكاح باب القدر الذي يحرم من الرضاعة ٦/ ١٠١.

ومصنف عبد الرزاق- في الرضاع- باب القليل من الرضاع ٧/ ٤٦٩ حديث ٣٩٢٥.

ومصنف ابن أبي شيبة- كتاب النكاح- في الرضاع من قال: لا تحرم الرضعتان ولا الرضعة ٤/ ٢٨٥.

(١) الحديث المتقدم.

(٢) سنن أبي داود- كتاب النكاح- باب في رضاعة الكبير ٢/ ٥٤٨ حديث ٢٠٥٩ و ٢٠٦٠.

وابن ماجة- كتاب الرضاع- باب لارضاع بعد فصال ١/ ٦٢٦ حديث ١٩٤٦ بلفظ: (لارضاع الا ما فتق الأمعاء).

وصحيح مسلم- كتاب الرضاع- باب إنما الرضاعة من المجاعة ٢/ ١٠٧٨ حديث ١٤٥٥ بلفظ (إنما الرضاعة من المجاعة).

وسنن النسائي- كتاب النكاح- باب القدر الذي يحرم من الرضاعة ٦/ ١٠٢ بلفظ: (فإن الرضاعة من المجاعة).

كما لو أرضعته، وقولنا: لبن مخصوص نريد به أنه لبن آدمية، وقولنا: عدد مخصوص يريد أنه خمس رضعات وحصل في الجوف احتراز منه إذا لم ينزل إلى الجوف، في وقت مخصوص نريد أنه حصل في الحولين، وقولنا: على وجه يغذي احتراز من الحقته به.

انتشار حرمة الرضاع بلبن الميتة:

١٧٦ - مسألة: لبن الميتة هل ينشر الحرمة أم لا؟

نقل إبراهيم الحربي: أنه ينشر قال في امرأة ماتت فحلب من ثديها لبن فسقى به صغير فقال: إذا سقى مرات يبلغ حد الرضاع فقد صار الصبي ابناً للميتة. وهو اختيار الخرقي وأبي بكر، وقال أبو بكر الخلال: لا ينشر الحرمة. وقد أومأ إليه أحمد في رواية مهنى وقد سئل عن صبي رضع من ثدي امرأة ميتة هل يكون رضاعاً فتوقف وقال: ألا ان عمر قال: اللبن لا يموت[1]. فما أجاب عنه عن أنه حكى قول عمر عليه السلام.

وجه الأولى: أنه لو شربه منها في حياتها لنشر الحرمة فإذا شربه بعد موتها يجب أن ينشر الحرمة دليله لو حلب منها في حياتها وشربه بعد موتها ولأن أكثر ما فيه أنه لبن نجس وهذا لا يمنع التحريم كما لو طرح فيه نجاسة في حال حياتها ولأنه لا يعتبر في الرضاع قصد المرضعة. ألا ترى أن الصبي لو دب فشرب من ثديها وهي نائمة نشر الحرمة وإذا لم تعتبر المرضعة لم يؤثر موتها في ذلك، ويفارق الوطء لأنه تعتبر فيه الموطوءة، لأنه لا يثبت حكمه إلا في موطوءة، فلهذا لم يثبت حكمه بعد موتها.

ووجه قول أبي بكر انه معنى يتعلق به تحريم النكاح فإذا ابتدىء به بعد الموت لم يتعلق به التحريم كالوطء.

انفساخ نكاح الزوجة الصغيرة برضاعها من ضرتها:

١٧٧ - مسألة: إذا كان له امرأتان صغيرة لها دون الحولين وكبيرة لها لبن

---

(١) لم أقف على هذا الأثر.

من غيره، فأرضعت الكبيرة الصغيرة خمس رضعات قبل الدخول بالأم انفسخ نكاح الأم وحرمت عليه وأما البنت فهل يصح نكاحها أم لا؟

على روايتين: نقل أبو طالب وصالح أن نكاحها باقي وهو اختيار الخرقي- رحمه الله- لأن الجمع إذا طرأ على نكاح الأم والبنت لم يوجب فسخه، دليله إذا أسلم وتحته أم وبنت فإنه يثبت نكاح البنت.

ونقل ابن منصور: أن نكاحها جميعاً ينفسخ لأنه قد صار جامعاً بين أم وبنت من الرضاعة وذلك غير جائز.

انتشار حرمة الرضاع باللبن الثائب بوطء زنا:

١٧٨- مسألة: إذا زنا بامرأة وأتت بولد وأرضعت مولوداً بذلك اللبن فإن المرضع يكون ابنها يجري بينه وبينها تحريم المصاهرة واما الزاني فهل يجري بينه وبينه تحريم المصاهرة فيحرم عليه إن كانت أنثى أن يتزوج بها وإن كان غلاماً أن يزوجه ابنته أم لا؟

اختلف اصحابنا فقال أبو بكر- رحمه الله- في كتاب المقنع: يحرم عليه، ووجهه أنه لو كان عن وطء مباح حرم عليه فإذا كان على وجه محظور حرم أيضاً قياساً على الوطء بشبهة والوطء في حال الحيض ولأن بنته من الزنا تحرم عليه وإن لم تكن شبهة ولأن اللبن ثاب بوطء فوجب أن ينشر الحرمة مباحاً كان أو محظوراً وكذلك ابنته من الزنا تحرم عليه وإن لم يثبت نسبه منها كما يحرم عليه البنت الثابتة النسب وكل لبن نشر الحرمة بين المرضع والمرضعة جاز أن ينشرها بينه وبين من ثاب اللبن بوطئه، دليله الوطء المباح ولأن اللبن ثاب بوطئه فإذا شرب منه صبي نشر الحرمة بينه وبينه دليله لو ثاب بوطء مباح وقال شيخنا أبو عبد الله: لا يحرم وهو ظاهر كلام الخرقي لأنه قال: وإذا حبلت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فارضعت به خمس رضعات حرمت عليه وبناتها من هذا الحمل ومن غيره فشرط في التحريم أن يكون لبناً يلحق نسب الولد من ذلك الوطء الذي ثاب اللبن به.

ووجهه أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة فلما لم يثبت هاهنا حرمة

الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها ويفارق هذا وطء الحلال لأنه يثبت به حرمة الأبوة ويفارق هذا تحريم المصاهرة بوطء الزنا أنه يثبت وإن لم يثبت الأبوة لأن ذلك التحريم لا يقف على ثبوت النسب، ألا ترى أن الربيبة وأم الزوجة وزوجة الابن يحرمن وإن لم يكن من نسب وتحريم الرضاع مبني على التحريم بالنسب بقوله: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب[1]». وذلك الوطء لا يثبت نسباً فكذلك اللبن الذي يقوم مقامه يجب أن لا يثبت تحريماً.

نفقة الزوجة لما يمضي من الزمان:

١٧٩ - **مسألة:** في نفقة الزوجة هل تملك مطالبة زوجها بنفقتها لما يمضي من الزمان أم لا؟

فنقل صالح عنه في الرجل يغيب عن أهله سنين ثم يقدم أو يموت هل تفرض عليه نفقتها لما مضى من السنين أو كانت حاضرة لم تطالبه ثم طالبت بعد، أو طلقها قبل أن يضرب لها في ماله فقال: إن كان حبسه عنها من غير عصيان يضرب لها في ماله بقدر نفقة مثلها فظاهر هذا أنه يقضي لها بالنفقة فيما مضى وإن لم يحكم بها حاكم.

ونقل إبراهيم الحربي في رجل ماتت زوجته ولم يعطها نفقة هل لورثتها أن يطالبوه بالنفقة؟.

فقال: ليس لهم أن يطالبوه بغير المهر فأما النفقة فلا. قيل له: فإن كان القاضي قد فرض عليه. قال: إن كان طالبته في حياتها بنفقة وفرض لها القاضي فقد صار حقا لها وللورثة أن يطالبوه بما فرضه القاضي لها. فظاهر هذا أن لا يقضي لها بما مضى من الزمان ما لم يفرضه القاضي.

وجه الأولى - وهي الصحيحة - أنه حق مال يجب للغني والمحتاج فاستقر في الذمة من غير حكم حاكم كالديون وأروش الجنايات ولا يدخل عليه نفقة الأقارب لأنه لا يجب للغني، ولأنه مال يجب بعقد النكاح فجاز أن يستقر من غير حكم حاكم كالصداق.

---

(١) تقدم تخريجه قريباً في مسألة قدر الرضاع المحرم ١٧٤.

ووجه الثانية: أنها نفقة تجب يؤماً فيوماً حالاً فحالاً فلم يصر ديناً عليه بغير قضاء القاضي دليله نفقة الأقارب ولأن هذه النفقة ليست بدلاً عن شيء وإنما هي جارية مجرى الصلة بدليل أن الزوج يملك بضعها بعقد النكاح وبدل البضع المهر والاستمتاع بعد ذلك تصرف فيما ملكه وتصرف الإنسان في ملك نفسه لا يوجب عليه البدل كاستخدام العبد والأمة وإذا كان تجري مجرى الصلة اشبهت نفقة الأقارب.

نفقة المطلقة الحامل:

١٨٠ - مسألة: في المطلقة الحامل إذا كانت بائناً لها النفقة وهل يجب لها أم للحمل؟

إحداهما: النفقة للحمل، أومأ إليه في رواية أحمد بن سعيد، فقال: النفقة للحمل، وهو اختيار أبي بكر، ذكره في كتاب الخلاف، واختاره الخرقي أيضاً لأنه قال: والناشز لا نفقة لها فإن كانت حاملاً أعطاها نفقة حملها.

والثانية: النفقة لها لأجل الحمل أومأ إليه في رواية ابن منصور في رجل طلق ثلاثاً وهي مملوكة حامل قال: هو ولده عليه النفقة.

وهذا من فوائد الروايتين، فإن النفقة لو كانت للحمل لم تلزمه النفقة لأن ولده من زوجته الأمة ملك لسيدها فتكون النفقة على سيدها، وقال أيضاً في رواية أبي جعفر بن محمد بن يحيى المتطبب في الرجل يموت فيخلف أم ولد حامل:من أين ينفق عليها قال: من مال ما في بطنها يؤخذ بالحصص وهذا يدل على أنها لها بسبب الحمل لأنه أوجب لها النفقة من مال الحمل، ولهذا الاختلاف فوائد: إحداها: إذا تزوج حر بأمة فأبانها وهي حامل فإن قلنا: النفقة للحمل لم تجب على والده بل وجبت- على سيده وهو سيد الأمة.وإن قلنا:لها كانت على زوجها وهو الذي نقله- ابن منصور ومنه:عبد تزوج بأمة فأبانها وهي حامل فإن قيل:النفقة للحمل كانت على سيد الولد دون والده لأنه مملوك الغير ولأنه لا يجب على العبد نفقة أقاربه.وإذا قلنا: لها لأجله فالنفقة عليه يؤديها السيد عنه.ومنها:عبد تزوج بحرة فأبانها وكانت حاملاً فإن قلنا:

للحمل فالنفقة على الزوجة لأنه ولد حرة من مملوك وإن قلنا: لها لأجله يكون على سيده.ومنها: إذا كان النكاح فاسداً والزوج حراً فإن قلنا لها فلا نفقة لأن النفقة لمن كانت معتدة عن نكاح له حرمة ولا حرمة له.وإذا قلنا للحمل فعليه النفقة لأنها نفقة ولده. فإن قلنا: النفقة للحمل فوجهه أنها لو كانت حاملاً فلا نفقة فإذا كانت حاملاً وجبت النفقة فلما وجبت لوجوده وسقطت لعدمه ثبت أن النفقة له، ولأنه لما كانت النفقة له إذا كان منفصلاً كذلك إذا كان متصلاً. وإذا قلنا: النفقة لها لأجله فوجهه أنها محبوسة عن الأزواج لحقه مشغولة كالزوجة حال الزوجية ثم ثبت أن نفقة الزوجة عليه لها كذلك هاهنا ولأنها لو كانت للحمل لوجب أن يجب على الجد بفقد الأب أو بإعساره كما لو كان منفصلاً ،ولوجب أن يسقط بيسار الولد وهو إذا ورث أو وصى له بشيء فقبله أبوه ولما لم يجب على الجد ولم يسقط بيساره وإعساره دل على أنها ليست نفقة الولد.

نفقة الأقارب مع اختلاف الدين:

١٨١- مسألة: نفقة الأقارب هل تجب مع اختلاف الدين أم لا؟

فذكر أبو بكر الخلال في أحكام أهل الملل عن محمد بن علي عنه: إذا كانت مسلمة وأبوها نصراني وهي محتاجة هل يجبر أبوها على النفقة. فقال:لم أسمع في هذا شيئاً ولكن يعجبني أن ينفق عليها يعني أباها النصراني.قيل له: يجبر قال: يعجبني ولم يقل: يجبر. فظاهر هذا أنه لم يوجبها على الأب النصراني لاختلاف الدين لكن استحبها.

ونقل حرب وابن مشيش في نصرانية تسلم قبل زوجها ولها أولاد صغار قال: ولدها معها ويجبر الأب على النفقة عليهم فظاهر هذا أنه أوجب نفقتهم عليه مع اختلاف الدين فقد نص على روايتين في الأب الكافر هل يلزمه نفقة أولاده الصغار مع اختلاف الدين؟

إحداهما: أن يلزم الأب الكافر أن ينفق على ولده المسلم وكذلك يلزم المسلم أن ينفق على ولده الكافر وعلى أمه الكافرة لقوله تعالى ﴿وإن جاهداك على

أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾[١] وفي إلزامه النفقة عليهم مع اختلاف الدين من المصاحبة بالمعروف وإذا ثبت وجوبها للأب على الابن مع اختلاف الدين ثبت وجوبها للابن على الأب لوجود الولادة فيما بينهما.

والثانية: لا يلزم لأنها نفقة تجب بالقرابة فلم تجب مع اختلاف الدين، دليله نفقة الأقارب من الأخ والأخت فإنها لا تجب مع اختلاف الدين. رواية واحدة لأن النفقة معتبرة بالإرث واختلاف الدين يمنع الإرث.

نفقة الولد المعسر إذا كان رشيداً:

١٨٢ - مسألة: إذا كان الولد كامل الأحكام بمعنى أنه بالغ عاقل صحيح إلا أنه معسر، هل يلزم الأب نفقته؟

على روايتين: نقل الأثرم عنه: يجبر على نفقة ولده إذا كان محتاجاً. فظاهر هذا أنه يلزمه لأنه اعتبر الحاجة.

ونقل أبو داود: على العصبة أن ينفقوا على الكبير إذا كان زمناً، فظاهر هذا أنه إذا لم يكن زمناً لم يلزمه ولا تختلف الرواية في الأب إذا كان معسراً يلزم الابن نفقته وإن لم يكن زمناً.

وجه الأولى: أنه محتاج فأشبه الزمن وأشبه الأب.

وجه الثانية: أنه مكلف كامل الأحكام ليس له إيلاد فلم يلزمه نفقته كالموسر ويفارق الأب لأن حرمة الأب أقوى من غيره بدليل أنه يقاد بوالده ولا يقاد بولده لأن له أن يأخذ من مال ولده زيادة على قدر نفقته وليس للابن مثل ذلك. فأما نفقة الأقارب هل يلزم نفقاتهم بمجرد الإعسار كالأخ إذا كان معسراً ولم يكن زمناً هل يلزم أخاه نفقته وكذلك العم وغيره من العصبات فيخرج على روايتين كما قلنا في الابن هل يلزم الأب نفقته إذا كان معسراً ولم يكن زمناً. على روايتين كذلك نفقة الأقارب.

---

(١) سورة لقمان (١٥).

حضانة الأم لولدها بعد أن تتزوج:

١٨٣- مسألة: إذا تزوجت الأم سقطت حضانتها من الغلام. رواية واحدة، وهل يسقط حقها من حضانة الجارية؟

على روايتين: إحداهما: تسقط أيضاً نص عليه في رواية حنبل فقال:الأم أحق بها مالم تتزوج فإذا تزوجت فالأب أحق بولده جارية كانت أو غلاماً فإن مات الأب والأخ والعم فابن العم أولى به.

والرواية الثانية: لا يسقط حقها من الحضانة نص عليه في رواية مهنى وقد سئل:إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها صغيراً كان أو كبيراً قيل له: فالجارية مثل الصبي، قال: لا. الجارية إذا تزوجت أمها تكون معها إلى سبع سنين وقال بعضهم:تكون معها إلى أن تحيض.

وجه الأولى- وهي الصحيحة- ما روى أبو هريرة عن النبي- ﷺ- قال: الأم أحق بحضانة ابنها ما لم تتزوج[1]. وهذا وإن كان وارداً في الابن ففيه تنبيه على الجارية لأن المعنى فيها واحد وهو أن القصد من الحضانة أنه طلب الحظ للولد والنظر له وما عاد بحفظه وصلاحه وكانت أمه أحظ ما دامت خالية فإذا تزوجت شغلها عنه حق زوجها فكان الحظ له في نقله عنها وهذا المعنى يشترك فيه الغلام والجارية.

ووجه الثانية ما روي عن علي بن أبي طالب قال:خرج زيد بن حارثة إلى مكة فقدم بابنة حمزة فقال جعفر :أنا آخذها أنا أحق بها بنت عمي وعندي خالتها وإنما الخالة أم فقال علي:أنا أحق بها بنت عمي وعندي بنت رسول الله- ﷺ- فهي أحق بها فقال زيد أنا أحق بها أنا خرجت إليها وسافرت إليها

---

(١) سنن أبي داود- كتاب الطلاق باب من أحق بالولد ٢/ ٧٠٧ حديث ٢٢٧٦،والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب النفقات- باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته ٨/ ٥ عن ابن عمر بلفظ (أنت أحق به ما لم تنكحي). ومجمع الزوائد- كتاب النكاح- باب الحضانة ٤/ ٣٢٣ عن ابن عمر بلفظ البيهقي.

والفتح الرباني- كتاب النفقات- أبواب الحضانة- باب الأم أولى بحضانة ولدها ما لم تتزوج ١٧/ ٦٤ بلفظ البيهقي.

وقدمت بها. فخرج النبي - ﷺ - فذكر حديثاً قال: واما الجارية فأقضي بها لجعفر تكون مع خالتها فإنما الخالة أم[1] والنبي - ﷺ - قضى بها للخالة وللخالة زوج فثبت أن حق الحضانة لا يزول بالتزويج ولأنه حق من حقوقها فلا يسقط بالتزويج كالدين.

تنازع نساء القرابة في حضانة الولد:

١٨٤ - مسألة: إذا احتج نساء القرابة فتنازعن الولد ولم يكن معهن أم ولا رجل.

ففيه روايتان:

إحداهما: أم الأم وأمهاتها وإن علون أحق بحضانته ثم أم الأب أولى من غيرها من النساء، نص عليه في رواية أحمد بن هشام في أم الأب وأم الأم فأم الأم أحق بالولد.

والثانية: أم الأب أولى نص عليه في رواية مهنى فقال:أم الأب أحق من أم الأم.

وجه الأولى: وهي أصح- أنها كالأم تقوم مقامها ثم كانت الأم أولى، كذلك أمهاتها.

ووجه الثانية: أن كل واحدة منها لها إيلاد وانفردت أم الأب بأنها تدلي بعصبة فيجب أن تكون مقدمة كما قلنا في الأخت للأب والأخت للأم قد تساويا للاخوة وانفردت التي من قبل الأب لأنها تدلي بعصبة وكذلك الخالة من قبل الأب تقدم على الخالة التي من قبل الأم كذلك هاهنا.

---

(١) صحيح البخاري- كتاب المغازي والسير- باب عمرة القضاء ٣/ ٥٧.
وكتاب الصلح- باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان ابن فلان ٢/ ١١٣ وسنن أبي داود- كتاب الطلاق- باب من أحق بالولد ٢/ ٧٠٩ حديث ٢٢٧٨ ومجمع الزوائد- كتاب النكاح- باب الحضانة ٤/ ٣٢٤ عن ابن عباس بلفظ: (وهي إلى خالتها) وليس فيه: (فإنما الخالة أم).
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب النفقات- باب الخالة أحق بالحضانة من العصبة ٦٨.

كتاب الجراح

ويشمل الموضوعات الآتية:

الأول: القصاص.

الثاني: الديات.

الثالث: العاقلة.

الرابع: القسامة.

الخامس: كفارة القتل.

كتاب الجراح
وما يتعلق به من الحدود

(توبة القاتل عمداً)

مسألة: في قاتل العمد هل تقبل توبته أم لا...؟

ذكر ابن إسحاق فيها روايتين إحداهما: تقبل توبته أومأ إليه في رواية المروذي وقد سأله عن رجل كان مع السلطان وقد تاب وكان قد بلى بدم قال: قل له يأتي الثغر فهو خير له وظاهر هذا أنه قبل توبته.

والثانية: لا يقبل أومأ إليها في رواية أبي الصقر وقد سأله: هل تعرف شيئاً من الذنوب ليس له توبة قال: أتخوف أن يكون القتل.

ونقل صالح أيضاً أنه قال لأبيه: قتل النفس التي حرم الله متعمداً له توبة أم كفارة. فقال: قال ابن عباس فيمن قتل مؤمناً متعمداً: هي من آخر ما نزل ليس له كفارة ولا توبة[1].

وجه الأولى: - وهي أصح - قوله تعالى: «ان الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء»[2]. وقوله: «إلا من تاب»[3] وقوله: «كتب

---

(١) الفتح الرباني - كتاب القتل والجنايات وأحكام الدماء - باب التغليظ والوعيد في قتل المؤمن ١٦/ ٣ و ٤.

والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات، باب أصل تحريم القتل في القرآن ٨/ ١٥ و ١٦، وسنن ابن ماجة، كتاب الديات، باب هل لقاتل مؤمن توبة ٢/ ٨٧٤ حديث ٢٦٢١.

(٢) سورة النساء (٤٨).

(٣) سورة الفرقان (٧٠).

عليكم القصاص »[1]. وأيضاً ما روى أبو اليمان عن شعيب بن أبي حمزة عن الزهري عن أنس بن مالك عن أم حبيبة أن النبي - ﷺ قال: « أريت ما تلقى أمتي من بعدي وسفك بعضهم دم بعض وكان ذلك سابقاً من الله تعالى فسألت أن يوليني شفاعة[2] فيهم يوم القيامة ففعل ، ومن كانت هذه حاله لا تقبل توبتهم فإن قيل فقد قال أبو زرعة الدمشقي سألت أبا عبد الله عن حديث أبي اليمان يعني هذا الحديث فقال ليس له عن الزهري أصل بتة وأخبرني أنه من حديث شعيب عن[3] ابن أبي حسين وبلغني أن أبا اليمان حدثهم به وليس له أصل كأنه ذهب إلى أنه اختلط بكتاب الزهري قيل: فلم يطعن على الحديث جملة وإنما منع من أن يكون من حديث الزهري. قال أبو إسحاق: ويدل عليه ما أخبرنا محمد يعني الدقاش قال محمد يعني ابن مطر قال البخاري قال محمد بن بشار: قال محمد بن أبي عدي عن شعبه عن قتادة عن أبي الصديق الناجي عن أبي سعيد الخدري عن النبي - ﷺ - أنه قال: « كان في بني إسرائيل رجل قتل تسعة وتسعين ثم خرج يسأل فأتى راهباً فسأله فقال له توبة قال: لا فقتله. وجعل يسأل فقال له رجل ائت قرية كذا وكذا ، فأدركه الموت فنأى بصدره نحوها ، فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فأوحى الله تعالى إلى هذه أن تقربي وإلى هذه أن تباعدي ، قال: فقيس ما بينهما ، فوجد إلى هذه أقرب بشبر[4] فغفر له »

---

(١) سورة البقرة (١٧٨).

(٢) صحيح مسلم - كتاب الإيمان - باب اختيار النبي ﷺ - دعوة الشفاعة لأمته ١/ ١٨٩ حديث ١٩٩ عن أبي هريرة بلفظ: « لكل نبي دعوة مستجابة فتعجل كل نبي دعوته وإني اختبأت دعوتي شفاعة لا متي يوم القيامة فهي نائلة إن شاء الله من مات من أمتي لا يشرك بالله شيئاً ». والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات باب أصل تحريم القتل ٨/ ١٧ عن أبي هريرة بلفظ: « أن لكل نبي دعوة مستجابة وإني خبأت دعوتي شفاعة لأمتي فهي نائلة من مات منهم إن شاء الله لا يشرك بالله شيئاً ».

(٣) شعيب لم يرو عن أبي حسين إنما روى عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين كما في ترجمتهما.

(٤) صحيح مسلم كتاب التوبة قبول توبة القاتل وإن كثر قتله ٤/ ٣١١٨ حديث ٢٧٦٦ ، وسنن ابن ماجة ، كتاب الديات باب هل لقاتل مؤمن توبة ٢/ ٨٧٤ حديث ٢٦٢٢.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات باب أصل تحريم القتل ٨/ ١٧.

قيل: معناه أنه كان إلى القرية التي يطلب بها التوبة أقرب فغفر له. قال أبو إسحاق: أخبرنا محمد يعني النقاش قال محمد يعني ابن مطر قال البخاري قال به ابن أبي اليمان: قال به شعيب عن الزهري قال: أخبرني أبو إدريس الخولاني أنه سمع عبادة بن الصامت وكان شهد بدراً وهو أحد النقباء ليلة العقبة يقول: قال رسول الله - ﷺ - وحوله عصابه من أصحابه: بايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئاً ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا ببهتان بين أيديكم وأرجلكم ولا تعصوا في معروف فمن وفا منكم فأجره على الله ومن أصاب منكم من ذلك شيئاً فعوقب في الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب من ذلك شيئاً فستره الله فأمره إلى الله تعالى إن شاء عاقبه وإن شاء عفا عنه فبايعناه على ذلك[1] وهذا يدل على أن القتل له كفارة ولأن الشرك أعظم مأثماً من القتل ثم التوبة تسقطه فأولى أن يسقط مأثم القتل فهو أضعف منه.

ووجه الرواية الثانية قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاءه جهنم خالداً فيها﴾[2]، فروى أبو إسحاق بإسناده عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى قال: سئل ابن عباس عن قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاءه جهنم﴾ الآية وقوله: ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق[3]﴾. الآيات «إلا من تاب» قال: لما نزلت هذه الآية قال أهل مكة قد عدلنا بالله وقتلنا النفس التي حرم الله وأتينا الفواحش فما يغني عنا الإسلام فأنزل الله تعالى: ﴿إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات﴾[4] فأما من دخل في الإسلام وعرفه ثم قتل فلا توبة له[5]. قال أبو إسحاق: وأخبرنا

---

(١) صحيح البخاري كتاب الديات وباب قول الله تعالى ﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾ ٤/ ١٨٧.
وكتاب الإيمان باب بيعه النساء ٤/ ٢٤٧ وصحيح مسلم كتاب الحدود باب الحدود كفارات لأهلها ٣/ ١٣٣٣ حديث ١٧٠٩ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات باب قتل الولدان ٨/ ١٨ وسنن النسائي كتاب الجهاد- باب البيعة على الجهاد ٧/ ١٤٢.

(٢) سورة النساء (٩٣).

(٣) سورة الإسراء (٣٣).

(٤) سورة الفرقان (٧٠).

(٥) تقدم تخريجه في أول المسألة.

أبو بكر أحمد بن جعفر بن حمدان قال أبو عبد الرحمن عبد الله بن أحمد بن محمد بن حنبل قال: حدثني أبي قال صفوان بن عيسى: قال ثور بن يزيد عن أبي عون عن إدريس قال سمعت معاوية رضي الله عنه وكان قليل الحديث عن رسول الله - ﷺ - وهو يقول: سمعت رسول الله - ﷺ - يقول: كل ذنب عسى الله تعالى أن يغفره إلا الرجل يموت كافراً أو الرجل يقتل مؤمناً متعمداً[1].

وأيضاً ما روى مروان الفزاري عن زيد بن أبي زياد الشامي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله - ﷺ -: «من أعان على قتل مؤمن بكلمة جاء يوم القيامة مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله»[2].

وقد نقل مهنا عن أحمد أنه سئل عن هذا الحديث فقال: ليس بصحيح وضعف أمر زيد بن أبي زياد ولأن حقوق الله ضربان منها ما يصح التوبة منها ومنها ما لا يصح وهو الزندقة كذلك يجب أن تكون حقوق الآدميين كذلك.

القصاص بين العبيد:

٢ - مسألة: اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - في القصاص هل يجري من العبيد إذا اختلفت قيمهم؟.

فنقل ابن منصور عنه في عبد قيمته ألف دينار قتل عبداً قيمته ألف درهم: يقاد به.

ونقل أبو طالب والأثرم وإبراهيم بن الحارث: إن كان ثمن هذا العبد ألف درهم وهذا ألف درهم اقتص منهما سواء. وإن كان ثمن هذا عشرين وثمن هذا ألفا لا يستوى القصاص ولكن يؤخذ قيمة جرح المجروح على هذا ثمنه ولم يكن بينهما قصاص، القصاص بينهم إذا استوت قيمهم.

---

(١) الفتح الرباني كتاب القتل والجنايات وتعظيم الوفاء باب التغليظ والوعيد الشديد في قتل المؤمن ١٦/ ٣ حديث ٢.

والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات باب تحريم القتل من السنة ٨/ ٣١ عن أبي الدرداء.

(٢) سنن ابن ماجة كتاب الديات باب التغليظ في قتل مسلم ظلماً ٢/ ٨٧٤- حديث ٢٦٢٠. والسنن الكبرى للبيهقي - كتاب الجنايات - باب تحريم القتل من السنة ٨/ ٢٢.

وجه الأولى: وهي الصحيحة- في أن القصاص يجرى بينهم مع اختلاف القيم عموم قوله تعالى:﴿العبد بالعبد﴾[1] ولم يفصل ولأن القود إنما يجب بقتل نفس مكافئة له حال الجناية فإذا كانا كاملين قتل كل واحد بصاحبه وإن كانا ناقصين في الدية بدليل الرجل يقتل بالمرأة والكتابي يقتل بالمجوسي وإن اختلفت دياتهم.

ووجه الثانية: في إسقاط القصاص مع اختلاف القيم أن العبيد اموال.فلو قلنا:ان القصاص يجري بينهم مع اختلاف القيمة أتلفنا مال أحدهما من غير أن يكون في مقابلته بدل وهذا لا طريق إليه.

انتقال ملكية العبد الجاني عمداً إلى أولياء المجني عليه:

٣- مسألة: في العبد إذا جنى جناية توجب القود هل يوجب ذلك؟.
نقل الملك إلى ولي المجني عليه أم لا؟

نقل يعقوب بن بختان في عبد قتل حراً فاستحيوه: يرجع إلى مولاه؟ قال: لا. فظاهر هذا أن ملك السيد زال عنه لأنه لم يحكم برده عليه عند العفو. وكذلك نقل مهنا عنه في أمة قتلت ابناً لرجل عمداً فدفعها إليه ليقتلها فوقع عليها فحملت بولد هل يكون عليه عقرها، فقال:لا شيء عليه هي له.وهذا أيضاً يدل على الملك، ونقل الميموني في المملوك يجرح الحر فإن شاء مولاه دفعه إليهم يقتص منه وإن شاء أعطى قيمة الجرح فظاهر هذا أنهم لم يملكوه وهو اختيار أبي.

وجه الأولى: (أنه) مملوك ملك إتلافه بغير إذن أحد فملكه دليله عبد أبيه إذا قتل ابنه.

ووجه الثانية: أن ثبوت القصاص تعلق برقبته كتعلق الحق بالعبد المرهون وذلك لا يوجب زوال ملك الرهن كذلك هاهنا.

---

(١) سورة البقرة (١٧٨).

فداء العبد إذا تعلقت الجناية برقبته:

٤- **مسألة**: إذا جنى العبد جناية تعلق إرشها برقبته فأراد السيد أن يفديه فبكم يفديه؟

على روايتين:

إحداهما: بأقل الأمرين من قيمته وإرش جنايته نص عليه في رواية ابن القاسم ومحمد بن الكحال فقال: لا يجبر سيده على أكثر من قيمته ويقال لسيده: أد عن عبدك بقدر قيمته أو سلمه وهو اختيار الخرقي.

والثاني: هو بالخيار أن يفديه بإرش الجناية بالغاً ما بلغ أو يسلمه للبيع نص عليه في رواية حنبل وعبد الله وابن منصور في حرة وعبد قتلا عبداً عمداً فأما الحر فلا يقتل ويكون عليه نصف قيمة العبد في ماله، والعبد إن شاء مولاه أسلمه بجنايته وإلا فداه بنصف قيمة المقتول فأوجب عليه نصف قيمة المقتول ولم يعتبر ذلك بقيمة العبد القاتل وهذه الرواية اختيار أبي بكر.

وجه الأولى: وهي أصح- أن الحق تعلق برقبة العبد بدليل أنه لو سلمه لم يلزمه زيادة على قيمته فإذا منع التسليم لم يلزمه زيادة على القيمة كما لو غصب عبداً فأتلفه فإنه لا يلزمه زيادة على قيمته.

ووجه الثانية: أنه قد يرغب فيه راغب فيشتريه بذلك القدر أو أكثر فإذا حبسه على نفسه فقد فوت (على) المجني عليه ذلك القدر ولهذا لزمه.

تعلق إرش جناية العبد بذمة سيده إذا أعتقه:

٥- **مسألة**: إذا جنى العبد جناية تعلقت برقبته فأعتقه[١] سيده نفذ عتقه. لأن أكثر ما فيه أنه قد تعلق به حق الغير وهذا لا يمنع العتق كالعبد المرهون إذا عتقه سيده وكالعبد المبيع في يد البائع إذا عتقه المشترى. وإذا نفذ عتقه تعلق إرش الجناية بذمة السيد لأنه بالعتق قد منع تسليمه فهو كما لو قتله أو منع من ذلك باستيلاد وهل يلزمه إرش جميع الجناية أم يلزمه قيمة العبد؟

---

(١) في الأصل (فعتقه) والصواب فأعتقه لأن الفعل لازم فلا يتعدى بنفسه كما في المصباح المنير باب العين مع التاء وما يثلثهما.

على روايتين: فنقل حرب في عبد قتل حراً فأعتقه مولاه: فعليه قيمته. وظاهر هذا أنه لا يلزم أكثر من قيمته سواء علم بالجناية أو لم يعلم. ونقل ابن منصور في عبد قتل حراً فاعتقه سيده: فإن كان عالماً بجناية عبده فأعتقه فالدية عليه وإن لم يعلم فعليه قيمة عبده وقد صار العبد حراً. فظاهر هذا أنه إن علم بالجناية ثم أعتقه فعليه الدية وإن زادت على قدر القيمة وإن لم يعلم لم يلزمه أكثر من قدر القيمة.

وجه الأولى: أنه منع من التسليم بالعتق تلزمه قدر القيمة دليله أم الولد إذا جنت فإنه لا يلزم السيد أكثر من قيمتها رواية واحدة كذلك هاهنا.

ووجه الثانية: أن وقت الجناية كان يمكن تسليمه للبيع فربما رغب فيه راغب فزاد بقدر إرش الجناية، فإذا منع لزمه ذلك كما لو اختار أن يفديه وقد ذكرنا في ذلك روايتين في قدر ما يلزمه. ويفارق أم الولد لأن القدر الذي منع من تسليمه هو قدر قيمتها لا زيادة عليه لأن المجنى عليه ما كان يتمكن من بيعها وقت الجناية والعبد القن قد يمكن بيعه بزيادة فأما قوله في رواية منصور إن لم يكن عالماً بجنايته فعليه قيمته لأن في ضمان حقوق الآدميين ما يعتبر فيه القصد بدليل مهر المغرورة يرجع به المغرور، على الغار، ولو كان عالماً لم يرجع به، وكذلك لو قتل رجلا في دار الحرب وكان مسلماً فإن لم يكن عالماً بإسلامه فلا دية ولو كان عالماً فعليه الدية.

القصاص من الوالدة للولد:

٦- مسألة: هل تقاد الأم بابنها؟

نقل حرب أنه سئل عن امرأة قتلت ولدها فقال: أما الرجل إذا قتل ابنه فقد بلغنا أنه لا يقتل ولم يبلغنا في المرأة شيء فظاهر هذا التوقف.

ونقل حنبل لا يقتل والد بولده ولا الوالدة بولدها فنص على إسقاط القصاص قال أبو بكر المسألة على قولين أحدهما: تقتل بابنها على ظاهر رواية حرب، لأن الأم قرابة لا يملك بها الولاية في النكاح، فلا يمنع من جريان القصاص دليلة الخالة والعمة ولا يلزم عليه قرابة الأب لأنه يملك بها الولاية في

النكاح ولأنها فارقت الأب في الولاية في النكاح والرجوع في الهبة والأخذ من مال الابن.

والثاني: لا يقتل وهو اختيار الخرقي وأبي بكر الخلال، وهو المذهب لأن لها إيلاداً ولأنه بضعة منها فهي كالأب.

القصاص من الولد لوالده:

٧- مسألة: في الابن هل يقتل بأبيه؟

نقل حنبل عنه: لا أقيد والداً بولد ولا ولداً بوالده عمداً ولا خطأ.

ونقل مهنا: إذا جرح الابن أباه والأب ابنه أرجو أن لا يكون بينهما قصاص، فظاهر هذا إسقاط القصاص.

ونقل عبد الله في الابن يقتل أباه فقال: أما الابن يقتل به إذا شاء ورثته فظاهر هذا أن يقتل به.

وجه الأولى: ما روى شيخنا أبو عبد الله- رحمه الله- بإسناده عن سراقة بن مالك عن النبي- ﷺ- قال: لا يقاد الأب من ابنه ولا يقاد الابن من أبيه[1]. ولأن الابن لا تقبل شهادته لأبيه بحق القرابة وكل من لا تقبل شهادته له لأجل القرابة لم يقتل (به) دليله الأب لما لم تقبل شهادته لابنه بحق القرابة لم يقتل به كذلك الابن.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة- ما روى سراقة بن مالك من طريق آخر عن النبي- ﷺ- أنه كان يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الأبن من أبيه[2].وهذا نص.

---

(١) لم أجد الجزء الأول من الحديث وهو: (الا يقاد الأب من ابنه) وأما الجزء الأخير منه، وهو (ولا يقاد الابن من أبيه) فقد تضمنه الحديث الآتي بعده.

(٢) في الأصل كان يقيد الابن من أبيه ولا يقيد الأب من ابنه »، والصواب ما ذكر وقد أخرج الحديث الدارقطني- كتاب الحدود والديات- ١٤٢/٣ حديث ١٨٣ بلفظ «نقيد الأب من ابنه ولا نقيد الابن من أبيه ».

وسنن الترمذي أبواب الديات باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه أيقاد منه ٤٢٨/٢ حديث ١٤٢٠ بلفظ (حضرت رسول الله ﷺ يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الإبن من أبيه).

ولأن الابن يحد بقذف الأب فيجب أن يقتل به لأن حد القذف وجب لهتك العرض والقصاص لقتل النفس ولأن القصاص وضع في الأصل ردعاً وزجراً وكفاً عن القتل وليس مع الابن من الحنو والشفقة ما يردعه عن قتله، (فيجب أن يقتل بخلاف الأب فإن عنده من الحنو والشفقة ما يمنعه من القتل)[١] ولهذا لم يقتل.

قتل الجماعة بالواحد:

٨- **مسألة**: في الجماعة إذا قتلوا واحداً هل يقتلون به؟.

يخرج على روايتين: نقل الجماعة منهم أبو طالب وحرب وابن منصور: يقتلون.

ونقل حنبل: لا تقتل الجماعة بالواحد فذكر له حديث عمر أنه أقاد سبعة بواحد[٢] فقال: ذلك في أول الإسلام.

وجه الأولى: وهي الصحيحة- قوله تعالى: «ولكم في القصاص حياة»[٣]. ومعناه أنه إذا علم القاتل أنه إذا قتل قتل لم يقتل فتبقى الحياة ولو كانت الشركة تسقط القصاص بطل حفظ الدم بالقصاص لأن أحداً لا شاء أن يقتل غيره إلا وشارك غيره في قتله فلا يجب القصاص فإذا أفضى إلى هذا سقط في نفسه. ولأنها عقوبة على البدن يجب للواحد على الواحد فجاز أن يجب للواحد على الجماعة دليله حد القذف فإن جماعة لو قذفوا واحداً كان له أن يحد كل واحد منهم حداً كاملاً يتبين صحة هذا ان حد القذف لهتك حرمة العرض

---

(١) ما بين القوسين زيادة يقتضيها الكلام في نظري.

(٢) صحيح البخاري- كتاب الديات- باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم ٤/١٩٠- وموطأ مالك كتاب العقول باب ما جاء في الغيلة والسحر ٢/٨٧١ حديث ١٣.

وسنن الدار قطني كتاب الحدود والديات ٣/٢٠٢- وسنن البيهقي كتاب الجنايات- باب النفر يقتلون الرجل ٨/٤٠و٤١- ومصنف عبد الرزاق كتاب العقول باب النفر يقتلون الرجل ٩/٤٧٥ و٤٧٧ حديث ١٨٠٦٩ و١٨٠٧٩

(٣) سورة البقرة (١٧٩).

والقود لهتك حرمة النفس ثم ثبت أن حد القذف يجب على الجماعة للواحد إذا اشتركوا في هتك عرضه كذلك القود على الجماعة.

ووجه الثانية: ما روى جويبر عن الضحاك ان النبي - ﷺ - قال: لا يقتل اثنان بواحد[1] ولأنها نفس خرجت عن فعل مشترك فوجب أن لا يجب بها القود كما لو اشتركوا في قتله عامد ومخطىء.

دخول القصاص في الطرف في القصاص في النفس:

٩- **مسألة**: إذا قطع يد رجل ثم عاد فقتله قبل الاندمال دخل إرش الطرف في دية النفس، رواية واحدة وهل يدخل قود الطرف في قود النفس.

على روايتين: نقلهما الخرقي: إحداهما: يدخل وقد نص عليه في رواية الميموني في الرجل يجرح الرجل أو يقطع عنه عضواً ثم يموت لا تقطع يده والقتل يأتي على ذلك لأن القصاص أحد بدلي الطرف فدخل في جملة النفس دليله الدية ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل وإتلاف الجملة وفي قطعه ثم قتله تعذيب له فلا معنى للتعذيب مع إمكان الاستيفاء بغير تعذيب ولهذا لو قتله بسيف كال فإنه لا يقتل بمثله.

والثانية: لا يدخل ويجب القصاص في ذلك، نص عليه في رواية[2] لأن موضوع القصاص على المماثلة ولهذا سمي قصاصاً والقطع بالقطع أقرب إلى القطع من القتل بالقطع ولأن القطع إذا كان عمداً محضاً لم يدخل في قود النفس دليله لو كان القتل بعد الاندمال تبين صحة هذا أنه في حكم المستقر بدليل أنه لو قتله قاتل خطأً بعد قطع الأول لم يدخل في حكم الطرف.

حدوث صفة المكافأة في المجني عليه بعد إرسال السهم وقبل الإصابة:

١٠- **مسألة**: إذا أرسل سهمه إلى نصراني فأسلم ثم وقع السهم فيه أو على

---

(١) لم أجده مرفوعا وقد أخرجه البيهقي في السنن الكبرى- كتاب الجنايات باب انجاب القصاص على القاتل دون غيره عن سعيد بن جبير عن بن عباس، في قوله تعالى (فلا يسرف في القتل أملا يسرف في القتل) قال: لا يقتل اثنين بواحد.

(٢) بياض في الأصل

عبد فعتق ثم وقع السهم فيه، فهل عليه القصاص؟.

قال الخرقي: لا قصاص وهو قول شيخنا وقال أبو بكر عليه القصاص، ولا يختلفون إذا رمى مرتداً فأسلم ثم وقع السهم أنه لا قصاص.

وجه الأول: أن القصاص إنما يجب بالقصد إلى تناول نفس مكافئة له حين الجناية وحين الجناية هو الإرسال والتكافؤ غير موجود حينئذ فلا قصاص كما لو كان مرتداً.

واحتج أبو بكر بأنها رمية محظورة أوجبت دية حر مسلم فأوجبت القصاص كما لو كان في وقت الرمية مسلماً قال: ويفارق هذا إذا رمى مرتداً فأسلم ثم وقعت لأن تلك الرمية لم تكن محظورة. قال: ولأن أحمد قال في رواية الحسن بن محمد بن الحارث في رجل أرسل سهماً على زيد فأصاب عمراً قال:هو عمد عليه القود فاعتبر ابتداء الرمية أن تكون محظورة ،والأول أصح. وقوله: ان رمي المرتد مباح غير صحيح لأن رميه إلى الأمام دون آحاد الناس.

وما ذكره أحمد في رواية الحسن بن محمد لا تشبه مسألتنا لأن تلك الرمية وجد القصد فيها وهي مما توجب القود لأن الإصابة لو حصلت في زيد لأوجبت القود فلهذا إذا أصابت عمراً تعلق بها القود اعتباراً بحال الرمية كما لو أرسل كلبه على صيد فأصاب غيره حل أكله لأن هذا الإرسال في الجملة مما تتعلق به الإباحة ولم يعتبر التعين في رمي الآدمي ،وتبين صحة هذا أن الإرسال في القصد معتبر كما هو معتبر في الرمية بدليل أنه لو استرسل كلبه فصاد وقتل لم يبح لعدم القصد وإذا كان كذلك فالقصاص وجب هاهنا لأن الرمية مما توجب القود وليس كذلك في رمي المسلم للذمي لأن هذه الرمية لا توجب قوداً على المسلم بحال فلهذا فرقنا بينهما.

ثبوت القتل بالإقرار مرة واحدة:

١١- مسألة: إذا أقر بالقتل هل يثبت بمرة واحدة أم لا؟

نقل أبو طالب:يثبت بمرة واحدة وفي الزنا بأربع وهو اختيار أبي بكر لأنه

يثبت بشاهدين فيثبت بإقرار مرة كالردة وشرب الخمر. ونقل حنبل: إذا أقر بالقتل والزنا ردده السلطان أو سأل عن أمره لعل به جنوناً كما ردد ماعزاً. فظاهر ذلك أنه شبه ذلك الحد بحد الزنا وذلك لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات كذلك القتل لأن الحقوق على ضربين: منها حق لله- عز وجل- وذلك الحق ينقسم منه مالا يعتبر فيه التكرار ومنه ما يعتبر التكرار وهو حد الزنا كذلك حقوق الادميين ينبغي أن يكون منها ما يعتبر فيه التكرار وليس إلا القتل.

اشتراك الممسك والقاتل في حكم الجناية:

١٢ - مسألة: إذا أمسك رجلاً فجاء آخر فقتله فهل على الممسك القود؟

على روايتين: نقل أبو طالب واحمد بن سعيد: يقتل القاتل ويحبس الماسك حتى يموت. ونقل ابن منصور: يقتلان جميعاً.

وجه الأولى- وهي الصحيحة- ما روى الأثر قال حدثنا وكيع بن سفيان بن إسماعيل بن أمية قال: قضى رسول الله- ﷺ- في رجل أمسك رجلاً وقتله الآخر أن يقتل القاتل ويحبس الماسك حتى يموت[1]، ولأن المباشرة متى انضمت إلى سبب غير ملجيء تعلق الضمان بها دون السبب كالحافر والدافع والناصب السكين والدافع عليها فإنه لو حفرا بئراً فوقع فيها إنسان كان الضمان على الحافر ولو دفعه غيره فيها كان الضمان على الدافع دون الحافر كذلك هاهنا ولأنه لو كان الممسك مشاركاً للقاتل في القتل لوجب إذا أمسك مجوسي شاة فذبحها مسلم أن لا تؤكل كما لو اشترك في ذبحها فلما ثبت أنها تؤكل بطل أن يكون الممسك مشاركاً للذابح.

ووجه الثانية: أنهما تعاونا على قتله فوجب أن يكونا في وجوب القود سواء كما لو اشتركا في ذبحه، ولأنه لا يمتنع أن يجب الضمان على الممسك وإن كان غيره باشر القتل كالمحرم يمسك الصيد فيقتله آخر فإن على الممسك الضمان كذلك هاهنا.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الجنايات- باب الرجل يحبس الرجل للآخر فيقتله. ٥/٨ وسنن الدارقطني- كتاب الحدود والجنايات ١٣٩/٣ و١٤٠ ومصنف عبد الرزاق- كتاب العقول- باب الذي يمسك الرجل على الرجل فيقتله ٤٨١/٩ حديث ١٨٩٢.

ولأنه إذا أمسك حتى قتله كان هو السبب في قتله ولا يمنع وجوب القود بالسبب كوجوبه بالمباشرة ألا ترى أن شاهدين لو شهدا عند الحاكم على رجل بالقتل فقتله ثم رجعا وقالا: ما كان قتله كان عليهما القود وإن كان الذي حصل منهما تسبب دون المباشرة كذلك هاهنا.

القصاص في الطرف إذا كانت الجناية بآلة لا يقطع مثلها:

١٣- مسألة: إذا قطع طرفاً بآلة مثلها لا يتلف هل يجب القود؟

قال أبو بكر في كتاب الخلاف: يجب وحكى قول أحمد- رحمه الله- في رواية حنبل: إذا ضربه فذهب ببعض أعضائه بشيء لا يقتل مثله فعليه القود في ذلك، وعندي أنه لا قود في ذلك حتى تكون آلة مثلها يتلف العضو لأن الطرف يجري في هذا الجنس مجرى النفس بدليل أنه يقطع الجماعة بالواحد كما يقتل الجماعة بالواحد ثم ثبت أنه لو قتله بآلة مثلها لا يقتل غالباً لم يقتل كذلك الأطراف وما ذكره عن أحمد- رحمه الله- لا يدل على ما قال لأنه قد يقطع الطرف ما لا يتلف النفس.

الواجب بقتل العمد:

١٤- مسألة: الواجب بقتل العمد ما هو؟

على روايتين: إحداهما: أنه أوجب أحد شيئين القود أو الدية كل واحد منهما أصل في نفسه فإن اختار أحدهما ثبت وسقط الآخر وإن عفوا عن أحدهما ثبت وسقط الآخر، أومأ إلى هذا في رواية الميموني فقال: أصل قولنا أن لهم أن يقتلوا أو يأخذوا الدية فإن عفوا أخذوا الدية فلما دخله شيء من العفو رجعوا إلى الدية فقد نص على أنه إذا عفى عن القصاص مطلقاً من غير ذكر مال ثبت له المال وهذا فائدة قولنا أن الواجب أحد شيئين والرواية الأخرى القتل أوجب فقط والولي بالخيار بين أن يقتل أو العفو فإن قتل فلا كلام وإن عفى على مال سقط القود وثبتت الدية بدلاً عن القود فتكون الدية على هذا بدلاً عن بدل وقد أومأ إلى هذا في رواية صالح فقال: إذا عفى بعض الأولياء عن القود لم يكن للباقين القود وكان لهم الدية وليس للعافي من الدية

شيء فقد نص على أنه إذا عفى عن القود. مطلقاً عن ذكر مال لم يثبت له مال وهذا فائدة قولنا أوجب القود فحسب وهو اختيار الشيخ أبي عبد الله.

وجه الأولى:- وهي أصح- قوله تعالى: «فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف»[1]. فأوجب الاتباع بمجرد العفو وحديث أبي شريح الكعبي أن النبي- ﷺ- قال: «وأنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية»[2]. وحقيقة التخيير بين شيئين: إن كل واحد منهما أصل في نفسه لا بدل عن صاحبه كالتخيير في كفارة الإيمان بين الاطعام والكسوة والعتق ولأنه لو كان الواجب بالقتل القود فقط لما جاز العدول عنه إلى غير جنسه بغير تراضي كسائر إبدال المتلفات فلما ثبت في مسألتنا جواز العدول إلى غير جنسه بغير رضاه ثبت أنه لم يجب معنا.

ووجه الثانية: قوله تعالى «النفس بالنفس»[3] وقال تعالى: كتب عليكم القصاص في القتلى[4]. فظاهر هذا أن الواجب القصاص فقط فمن قال: القصاص أو الدية ترك الظاهر ولأنه بدل عن متلف فكان معيناً كسائر المتلفات، ولأنه قتل آدمي فكان بدله معيناً.

استيفاء الوكيل في القصاص بغيبة الموكل:

١٥- **مسألة:** هل يجوز للوكيل استيفاء القصاص بغيبة من الموكل؟

فنقل ابن منصور عنه: للرجل أن يوكل بطلب الدم وله أن يقتل لأنه يقوم مقام موكله فظاهر هذا أن له ذلك بغيبة منه. ونقل حرب أيضاً: الوكالة جائزة

---

(١) سورة البقرة (١٧٨).

(٢) سنن أبي داود- كتاب الديات- باب ولي الدم يرضي بالدية ٤/٦٤٤ حديث ٤٥٠٤.
وسنن الترمذي أبواب الدماء- باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو ٢/٤٣٠ حديث ١٤٢٧.
والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الجنايات- باب الخيار في القصاص ٨/٥٢.

(٣) سورة المائدة (٤٥).

(٤) سورة البقرة (١٧٨).

في الحدود وله أن يقيمه وإن لم يحضر الذي وكله فقد نص على جواز الاستيفاء بالغيبة.

وقال أبو بكر: ومن أصحابنا من يقول لا يجوز استيفاء ذلك بغيبة من الموكل وقد أومأ إليه أحمد في رواية مهنا في رجل قذف رجلاً فقدمه إلى السلطان فاقر عنده فكتب السلطان إقراره وقال: عودوا حتى أقيم الحد فعاد القاذف فلا يقام عليه الحد حتى يحضر المقذوف لعله أن يكون قد عفى وهذا المعنى الذي اعتبره موجود في الوكيل.

وجه الأول: وهو المذهب- أن كل حق صحت النيابة فيه بحضرة الموكل كذلك بغيبة منه كسائر الحقوق وعكسه الصلاة والصيام والاستمتاع لما لم يجز بمشهد منه لم يجز بغيبة منه.

ووجه من قال: لا يجوز، قال: لو جاز هذا افضى إلى هدر الدماء لأنه قد يعفوا فيقتل الوكيل قبل العلم به ولأن الإنسان قد يحرص على الشيء يطلبه حتى إذا ظفر به تركه فلهذا لم يجز إلا بمشهد منه لأنه قد يعفوا عنه إذا شاهده عند التمكين من قتله.

اشتراك العامد والمخطىء في القتل:

١٦- **مسألة**: العامد إذا شارك المخطىء في القتل هل يقتل العامد؟

على روايتين: نقل الجماعة منهم صالح وعبد الله والمروذي وأبو داود: لا قود على واحد منهما.

ونقل ابن منصور: على العامد القود.

وجه الأولى: وهي اختيار الخرقي وهي أصح أنها روح خرجت عن عمد وخطأ فوجب أن لا يجب القود كما لو جرح رجلاً خطأ ثم عاد وجرحه عمداً ثم سرت الجراحتان إلى نفسه، ولأنه إذا اجتمع في القصاص موجب ومسقط غلب الإسقاط كما لو قتل حر من نصفه حر ونصفه عبد فإنه لا قصاص، كذلك هاهنا.

ووجه الثانية: وهي اختيار أبي بكر: ان كل من انفرد بقتله قتلناه فإذا شاركه غيره فيه قتلناه كالأجنبي إذا شارك والداً في قتل ولده ولأن هذا العامد بمنزلة المنفرد بقتله في باب الدية والمأثم فوجب أن يكون كالمنفرد في باب القصاص. ومن قال: بالرواية الأولى أجاب عن مشاركة الأجنبي للأب في أن القصاص يجب على الأجنبي بأنه شارك من زال عنه القود لا لمعنى في فعله فلم يكن ذلك مسقطاً للقود عن شريكه كما لو قتلا رجلاً عمداً فعفى الولي عن أحدهما فإنه لا قود عليه وعلى شريكه القود ويفارق هذا إذا شارك المخطىء لأنه شارك من سقط عنه القصاص لمعنى في فعله فيسقط عن شريكه فهو كما لو جرحه جرحاً خطأ وجرحا عمداً وسرت الجرحتان إلى النفس فإن القصاص يسقط لأنه شاركه بما يسقط القصاص لمعنى في الفعل كذلك هاهنا.

وإذا قلنا: يسقط القصاص عن العامد فهل يكون نصف الدية في ماله أم على عاقلته. فنقل صالح وعبد الله وأحمد بن سعيد في رجل وصبي قتلا عمداً فعلى الرجل نصف الدية في ماله وعلى عاقلة الصبي نصف الدية.

قال أبو بكر: فيها روايتان: أحداهما هذا وهو أصح.

والثانية: على عاقلته لأن القود سقط عنه لمعنى في الفعل فكانت الدية على عاقلته كالمخطىء.

ووجه الأول: أن فعله عمد يختص بسقوط القود عنه فلا يوجب تحمل الدية على العاقلة كالأب إذا قتل ولده فإن القود يسقط والدية في ماله، كذلك هاهنا.

استيفاء القصاص بغير السيف:

١٧- **مسألة:** إذا قتله بآلة يجب بها القود وكانت بغير السيف مثل إن حرقة بالنار، أو غرقه، أو خنقه، أو منعه الطعام والشراب، فهل يقتل بمثل ما قتله به أم بالسيف؟.

على روايتين: نقل ابن منصور: إذا قتل رجلاً بعصاً أو خنقه أو شدخ رأسه بحجر يقتل بمثل الذي قتل به.

ونقل حرب: إذا قتله بخشبة يقتل بالسيف.

ونقل أبو طالب عنه: إذا خنقه قتل بالسيف.

ونقل حنبل: لا أرى أن يقتل بالنار أحد ففي الجملة أن القصاص يجب بالمثقل وإنما الروايتان في استيفاء القصاص هل يكون بالسيف أم بمثله ما قتل؟

ونقل ابن منصور أنه يكون بمثل ما قتل، ونقل غيره: لا يكون إلا بالسيف وهو أصح.

وجه الأولى: قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»[١]. وهو ظاهر جيد[٢] لأنه اعتبر المماثلة: وروى البراء بن عازب عن النبي - ﷺ - قال: «من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه». وروى هشام عن قتادة عن أنس أن يهودياً رضخ رأس جارية أنصارية بين حجرين فأدركت وبها رمق فقيل أقتلك فلان أقتلك حتى ذكر لها اليهودي فأومأت برأسها ان نعم، فسئل اليهودي فاعترف فأمر رسول الله - ﷺ - أن يرضخ رأسه بين حجرين[٣]. وكل آلة حل قتال أهل البغى بها جاز القصاص بها كالسيف أو نقول بآلة يقصد بها القتل غالباً فجاز استيفاء القصاص به كالسيف.

---

(١) سورة البقرة (١٩٤).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات باب عمد القتل بالحجر وغيره ٤٣/٨

(٣) صحيح البخاري- كتاب الديات باب سؤال القاتل حتى يقر ١٨٧/٤، وباب إذا أقر بالقتل مرة قتل به ١٨٩/٤.

وصحيح مسلم كتاب القسامة باب ثبوت القصاص بالقتل بالحجر ١٢٩٩/٣ حديث ١٦٧٢.

وسنن الدارمي كتاب الديات باب كيف العمل في القود ١٩٠/٢.

وسنن الترمذي أبواب الديات باب ما جاء فيمن رضخ رأسه بصخرة ٤٢٦/٢ حديث ١٤١٣.

وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب يقاد من القاتل كما قتل ٨٨٩/٢، حديث ٢٦٦٥.

والفتح الرباني كتاب القتل والجنايات باب قتل الرجل بالمرأة ٣٤/١٦.

وسنن أبي داود كتاب الديات باب يقاد من القاتل ٦٦٣/٤ حديث ٤٥٢٧ و٤٥٢٨ و٤٥٢٩ وباب القود بغير حديد ٦٧٣ حديث ٤٥٣٥ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات- باب عمد القتل بالحجر ٤٢/٨.

ووجه الثانية: وهي ظاهر كلام أحمد- رحمه الله- وهو اختيار أبي بكر ما روى عن النبي- ﷺ-: لا قود إلا بحديدة[1]. معناه لا يستقاد إلا بحديدة لاتفاقنا على أن القود يجب بغير حديد.

وروى أن علياً حرق بالنار قوماً ادعوه الها فقال ابن عباس لو كنت أنا لم أقتلهم إلا بالسيف فإني سمعت رسول الله- ﷺ- يقول: «لا تعذبوا بالنار» وفي بعضها: «لا يعذب بالنار الا رب النار»[2]. وروى عن النبي- ﷺ- أنه قال: «إذا قتلتم فأحسنوا القتلة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته»[3]. ولأنه تفويت نفس بوجه مباح فوجب أن لا يكون بغير المحدد كالذبح للحيوان يتبين صحة هذا ان حرمة الإنسان آكد وأقوى في بابه من حرمة البهيمة ثم ثبت وتقرر ان البهيمة لا تفوت نفسها إلا بالحديد فبأن لا تفوت نفس الآدمي الا بالحديد.

---

(١) سنن الدارقطني- كتاب الحدود والجنايات- ٨٨/٣
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات- باب جماع صفة قتل العمد وشبه العمد- باب عمد القتل بالسيف أو السكين أو ما يشق بحده ٤٢/٨.

(٢) سنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات ١٠٨/٣ بلفظ (لا تعذبو بعذاب الله).
والفتح الرباني كتاب القتل والجنايات- باب حد من ارتد عن الإسلام ٦٩/١٦ بلفظ الدارقطني.
ومجمع الزوائد عن عثمان بن حيان عن أم الدرداء عن أبي الدرداء إن رسول الله ﷺ- قال (لا يعذب بعذاب الله) رواه الطبراني والبزار وفي لفظ (لا يعذب في النار إلا رب النار).

(٣) صحيح مسلم كتاب الصيد والذبائح باب الأمر باحسان الذبح ١٥٤٨/٣ حديث ١٩٥٥، وسنن أبي داود كتاب الأضاحي باب النهي ان تصبر البهائم والرفق بالذبيحة ٢٤٤/٣ حديث ٢٨١٥
وسنن الترمذي أبواب الديات باب النهي عن المثله ٤٣١/٢ حديث ١٤٣٠ وسنن ابن ماجه كتاب الذبائح باب إذا ذبحتم فاحسنوا الذبح ١٠٥٨/٢ حديث ٣١٧٠، وسنن النسائي في الضحايا باب حسن الذبح ٢٢٩/٧ وسنن الدارمي في الأضاحي باب حسن الذبيحة ٨٢/٢.

رجوع أولياء القاتل بنصف ديته في مال المقتولة إذا أقيد بها:

١٨- مسألة: إذا أقيد الرجل بالمرأة فهل يؤخذ من مالها نصف دية الرجل يكون لورثته؟

فنقل أبو إسحاق إبراهيم بن هاني النيسابوري في رجل قتل امرأة: يقتل ويعطي نصف الدية فقد نص على الرجوع بنصف الدية.

ونقل ابن منصور عنه: يقتل الرجلان والثلاثة بالمرأة فأوجب القصاص ولم يوجب الرجوع بالنصف. وكذلك أبو الصقر: يقتل النصراني بالمجوسي، قيل له: كيف تقتله وديتها مختلفة فقال: أذهب إلى أن النبي - ﷺ - قتل رجلاً بإمرأة[١]. يعني وديتها مختلفة، فظاهر هذا انه لم يوجب الرجوع بالنصف.

ووجه الأولى: ما روى عطاء والشعبي والحسن أن علياً قال: إن شاؤا قتلوه ودفعوا نصف الدية[٢]، وإن شاؤا أخذوا نصف دية الرجل[٣]، ولأن القصاص بدل عن النفس كما ان الدية بدل عن النفس لم ثبت ان نصف الدية للرجل في مقابلة نفسها أن يكون نصف نفسه في مقابلة نفسها إلا أنه لا يمكن استيفاء بعض النفس فلما جاز استيفاء جميع النفس بالإجماع فقد أستوفى الأولياء نصف النفس في غير ملك فيجب أن يرجع عليهم بنصف الدية.

ووجه الثانية: حديث عمرو بن حزم: يقتل الرجل بالمرأة[٤]، ولم يذكر رجوعاً بنصف الدية وكذلك قوله عليه السلام فمن قتل بعده قتيلاً فأهله بين

---

(١) لم أجد أن الرسول ﷺ قتل رجلا بامرأة الا اليهودي الذي رض رأس الجارية على أوضاح لها وسيأتي، ولم يذكر البخاري غيره في باب قتل الرجل بالمرأة ١٨٩/٤ وكذلك البيهقي ٤٤/٨.

(٢) في الأصل (وأخذوا نصف الدية) والصواب ودفعوا نصف الدية كما ذكر لأن الرجل أكثر دية من المرأة فلا يأخذ أولياؤها نصف الدية مع قتلهم لقاتلها.

(٣) لم أجد هذا الأثر عن علي ولا غيره فيما رجعت إليه.

(٤) سنن الدارمي كتاب الديات باب القود بين الرجال والنساء ١٩٠/٢ وستدرك الحاكم كتاب الذكاة ٣٦٧/١ في حديث عمرو بن حزم وسنن البيهقي كتاب الجنايات- باب قتل الرجل بالمرأة- ٢٧/٨ و٢٨.

خيرتين،إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية[1]. ولم يوجب مع القتل شيئاً آخر ولأن القصاص إذا وجب في النفس لم يجب معه غرم بدليل الكتابي إذا قتل بالمجوسي والجماعة إذا قتلوا بالواحد ولأنهما تساويا في الحرمة.

اجتماع القصاص والدية في الأطراف إذا اختلفت في الكمال والنقص:

١٩ - مسألة: إذا قطع يداً كاملة الأصابع ويده ناقصة اصبعاً فهل يقتص من القاطع ويغرم دية أصبع؟.

قال أبو بكر في كتاب الخلاف:لا قصاص عليه ويجب عليه دية اليد، قال لأنا لو أوجبنا القصاص عليه أوجبنا له دية الإصبع المفقودة، فيؤدي إلى اجتماع قصاص ودية وذلك لا يجب على أصلنا كما لو أن القاطع أشل والمقطوعة كاملة فإنه لا يجتمع قصاص ودية بل يكون له أحدهما كذلك هاهنا.

فعلى قول أبي بكر يكون حكم هذه الناقصة حكم الشلاء وهو مخير بين القصاص ولا دية للأصبع وبين ترك القصاص والدية. وقال الشيخ أبو عبد

---

(١) صحيح البخاري كتاب العلم باب كتابة العلم ٣٢/١ بلفظ (فمن قتل فهو بخير النظرين أما أن يعقل وأما أن يقاد أهل القتيل).

وكتاب الديات باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ١٨٨/٤ بلفظ ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين أما أن يودي وأما أن يقاد).

وصحيح مسلم كتاب الحج باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها ٩٨٨/٢ حديث ١٣٥٥ بلفظ (ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين أما أن يفدي وأما أن يقتل).

وسنن أبي داود كتاب الديات باب ولي العمد يرضى بالدية ٤٦٥/٤، حديث ٤٥٠٥ بلفظ البخاري.

وسنن الترمذي أبواب الديات باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو ٤٣٠/٢ حديث ١٤٢٦ بلفظ (ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين أما أن يعفو وأما أن يقتل) و١٤٢٧ بلفظ (فمن قتل له قتيل بعد اليوم فاهله بين خيرتين أما أن يقتلوا أو يأخذوا العقل).

وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب من قتل له قتيل فهو بالخيار بين أحد ثلاث ٧٧٦/٢ حديث ٢٦٢٤.

وسنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات ٩٦/٣.

والفتح الرباني كتاب القتل والجنايات باب ايجاب القتل العمد ٣٢/١٦.

الله: المجني عليه بالخيار بين العفو على مال وله دية اليد خمسون من الإبل وبين ان يقتص فيأخذ يداً ناقصة أصبعاً قصاصاً ويأخذ دية الأصبع وهو الصحيح عندي، وقد نص أحمد على نظير هذا في الأعور إذا فقئت عينه فهو بالخيار بين أن يقتص بمثل عينه ويطالب بنصف الدية وبين أن يعفو ويأخذ دية كاملة فقد خير في اجتماع القصاص والدية وإنما كان له القصاص لأنه يأخذ ناقصاً بكامل وهذا لا يمنع القصاص كما يقتل العبد بالحر والكافر بالمسلم وإنما كان له دية الأصبع لأنه أخذ دون حته عدداً فإن قطع من رجل أنملة لها طرفان كان للقاطع مثلها من تلك اليد كان للمجني عليه القصاص فيها لأنهما قد تساويا فيهما وإن لم يكن له مثلها أخذ القصاص في الموجود وحكومة في المفقود وإن كانت أنملة القاطع لها طرفان والمقطوعة لها طرف واحد فلا قصاص على الجاني لأنا لا نأخذ زائدة بناقصة وله دية أنملة ثلث دية أصبع ثلاث وثلث من الإبل. وقال أبو بكر في الثانية كما قلنا في الأولى بخلافه فقال: إذا لم يكن له مثلها سقط القصاص وأخذ دية حكومة لأنه لا يجتمع قصاص ودية وإن كانت أنملة القاطع لها طرفان والمقطوعة لها طرف واحد[1] فلا قصاص وحكم الدية على ما ذكرنا والمذهب على ما ذكرنا من اجتماع القصاص والدية كما قلنا في عين الأعور.

القصاص بقطع العضو إذا أعيد مكانه فثبت:

٢٠- مسألة: إذا قطع أذن رجل فابانها ثم ألصقها المجني عليه في الحال فالتصقت فهل على الجاني القصاص أم لا؟.

قال أبو بكر في كتاب الخلاف: لاقصاص على الجاني وعليه حكومة الجراحة فإن سقطت بعد ذلك بقرب الوقت أو بعده كان القصاص واجباً لأن سقوطها من غير جناية عليها من جناية الأول وعليه أن يعيد الصلاة.

واحتج بأنها لو بانت لم تلتحم فلما ردها والتحمت كانت الحياة فيها موجودة فلهذا سقط القصاص وعندي أن على الجاني القصاص لأن القصاص

(١) هكذا في المخطوطة ولعل الصواب العكس.

يجب بالإبانة وقد أبانها ولأن هذا الإلصاق مختلف في إقراره عليه فلا فائدة له فيه فلهذا أجزنا القصاص فإذا قطعنا بها إذن الجاني ثم الصقها الجاني فإن قال المجني عليه ألصق أذنه بعد أن أثبتها أزيلوها عنه قلنا بقولك لانزيلها لأن القصاص وجب بالإبانة وقد وجد ذلك ولكن هل يقلع ذلك الإمام على طريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من جهة أنه الصق بنفسه ميتة فهذا مبني على أصل تقدم في مسائل الجنائز وهو أن مابان من أعضاء الآدمي هل هو ميتة أم لا؟.

ففيه روايتان: فإن قلنا هو ميتة أزيل وإن قلنا ليس بميتة لم يزل عنه وهو إختيار أبي بكر وقد نقل إسحاق بن إبراهيم عنه: إذا قطع أذنه فالصقها فالتحمت فلا قصاص على الجاني وليست ميتة ونقل المروذي عنه في الأذن إذا قطعت من قصاص فردت فثبتت فإنها تقطع ثانياً فقد نص على روايتين في قطعها ثانياً وذلك مبني على الأصل الذي تقدم هل ذلك طاهر أم لا؟ وهكذا الحكم في المارن من الأنف (إذا) أبانه[1] فأعاده المجني عليه والدم جار فالصق والتحم هل على الجاني كمال الدية؟ المذهب أن عليه كمال الدية لأنها وجبت بالإبانة وقد بانت، وقال أبو بكر لادية في ذلك وعليه حكومة لما يدخل من النقص وهذا مبني على ما تقدم ذكره.

اختلاف الجاني والمجني عليه في سلامة العضو المقطوع وشلله:

٢١ - مسألة: إذا قطع طرف الرجل ثم اختلفا فقال الجاني: كان أشلاً فلا قود ولا دية وإنما على حكومة. وقال المجني عليه: كان صحيحاً سليماً فعليك القود فإذا عفوت في الدية فهل يكون القول قول المجني عليه أم قول الجاني؟.

قال أبو بكر: القول قول المجني عليه وقال شيخنا أبو عبد الله القول قول الجاني ولا فرق بين أن تكون الجناية على أعضاء ظاهرة كاليدين والرجلين أو على أعضاء باطنة كالذكر والخصيتين ونحو ذلك مما لا يظهر. ويمكن أن يقال: أصل اختلافهم في المتبايعين إذا اختلفا في العيب الحادث فقال البائع: حدث

(١) في الأصل (وهكذا الحكم في المارن من الانف وأبانه)

بعد العقد وقال المشتري:حدث قبل العقد ففيه روايتان: احداهما: القول قول المشتري.

والثانية: القول قول البائع.

ولكن توجه المسألة إذا كان ذلك الاختلاف في الأعضاء الظاهرة فمن قال: القول قول الجاني فوجهه أن الأصل براءة الذمة وكان القول قوله وإن كان يدعي عليها بتعذر إقامة البينة عليه ألا ترى أنه لو ادعت امرأة على رجل انه وطئها بشبهة فأنكر كان القول قوله وإن كان مما يتعذر اقامة البينة، كذلك هاهنا ولأن الجاني غارم والقول في الأصول قول الغارم. ومن قال قول المجني عليه فوجهه ان الأعضاء تخلق سليمة في الأصل في غالب العرف والعادة والنادر ما لم يكن سليماً فكان القول قول من يدعى السلامة ولأن الأصول موضوعة على ان في جنبه أقوى المتداعين سبباً بدليل أنهما لو تداعيا داراً لأحداهما عليها يد كان القول قول من الدار في يديه لأن جنبته أقوى كذلك هاهنا جنبة المجني عليه لأن الأصل السلامة.

المقتص يقطع عضواً غير المماثل:

٢٢- مسألة: إذا وجب القصاص في يمين رجل فقال المجني عليه: اخرج يمينك اقتصها فأخرج يساره فقطعها المجني عليه وكان الجاني قد أخرجها وقد سمع من المجني عليه قوله: أخرج يمينك فأخرج يساره مع العلم بأنها يساره وان القود لا يسقط عن يمينه فلا ضمان على المجني عليه بقطع هذه اليد لا في قصاص ولا في دية لأنه بذل له يده للقطع عمداً بغير عوض فهو كما لو بذلها ابتداء ولكن هل القود باق في يمينه أم قد سقط؟ قال أبو بكر: يسقط لأن الألم في اليدين في القطع واحد واليد باليد والمماثلة قائمة في الديات فكذلك في القصاص ولأنه لو وجب قطع يمينه بالسرقة فأخرج يساره فقطعت سقط بها عن يمينه كذلك هاهنا.

وقال شيخنا أبو عبد الله- رضي الله عنه-: القود باق في يمينه لأنه وجب عليه حق فبدل غيره لا على سبيل العوض فلم يسقط الحق عنه كما لو وجب

عليه قطع يمينه فأهدى إلى المجني عليه مالا وثياباً لا على سبيل العوض عن اليمين فقبل ذلك المجني عليه لم يسقط القصاص عن اليمين كذلك هاهنا.

صفة الدية المغلظة:

٢٣- مسألة: في صفة الدية المغلظة الواجبة عن عمد محض أو عن عمد الخطأ.

فنقل الجماعة: أبو الحارث وبكر بن محمد وحرب وابن منصور: أنها أرباع خمس وعشرون بنات مخاض وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة.

ونقل حنبل عنه: الذي أذهب إليه في شبه العمد أثلاثاً وهؤلاء يقولون أرباعاً خلافاً للحديث، فظاهر هذا انها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها.

ووجه هذه الرواية ما احتج به أحمد- رحمه الله- وروى عبد الله قال: حدثني أبي قال: حدثنا محمد بن جعفر قال: حدثنا شعبة عن أيوب قال: سمعت القاسم بن ربيعة يحدث عن عبد الله بن عمر ان النبي- ﷺ- قال: في الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها(١).

ووجه الرواية الأولى: وهي اختيار الخرقي وأبي بكر، أنه بدل عن النفس فوجب أن لا يجب فيه حوامل كقتل الخطأ ولأن الخلفة سن لا يجب في الزكاة فلم يجب في الدية كما فوق الثنايا.

---

(١) سنن أبي داود كتاب الديات- باب دية الخطأ شبه العمد- ٦٨٢/٤ حديث ٤٥٤٧.
وسنن النسائي- كتاب القسامة- باب كم دية شبه العمد ٤٠/٨.
وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب دية شبه العمد ٨٧٧/٢ حديث ٢٦٢٧ و٢٦٢٨- وسنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات باب شبه العمد ١٦٧/٢ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات باب شبه العمد ٢٤/٨.
والفتح الرباني كتاب القتل والجنايات باب ما جاء في دية قتيل شبه العمد ٥١/١٦

دية عمد الخطأ أو شبه العمد:

٢٤- مسألة: في دية عمد الخطأ هل تكون في مال القاتل أم على عاقلته؟.

قال أبو بكر في كتاب الخلاف: هي في مال القاتل، لأنها دية مغلظة، فكانت في ماله كالعمد المحض. وقال الخرقي: هي على عاقلته مؤجلة لما احتج به أحمد- رحمه الله- من حديث المغيرة بن شعبة ان جاريتين اقتتلا فضربت احداهما الأخرى بعمود فسطاطا فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله- ﷺ- بدية المقتولة على عاقلة القاتلة[١] وهذا عمد الخطأ، ولأنه قتل لا يجب فيه قود بحال فكانت الدية فيه مؤجلة على العاقلة، دليله الخطأ المحض.

إقامة القصاص في الحرم:

٢٥- مسألة: إذا قطع طرفاً أو أتى حداً مما لا يوجب القتل خارج الحرم ثم لجأ إلى الحرم فهل يستقاد منه أم لا؟.

على روايتين: نقل أبو طالب والمروذي: لا يستوفى منه حتى يخرج ولكن يهجر فلا يكلم ولا يبايع ولا يشارى حتى تضيق عليه المكان فيخرج إلى الحل فيقام عليه الحد.

ونقل حنبل: يستوفى منه في الحرم. وقال أبو بكر انفرد بها حنبل فقال: تقام الحدود كلها إلا القتل فجعل في القتل رواية واحدة: لا يقام عليه حتى يخرج وفيما دونه روايتان فإن قلنا لا يقام عليه فوجهه انه أحد نوعي القصاص فمنع

---

(١) صحيح البخاري كتاب الديات- باب جنين المرأة ١٩٣/٤ عن أبي هريرة وصحيح مسلم كتاب القسامة باب دية الجنين ١٣١/٣ حديث ١٦٨٢. وسنن أبي داود كتاب الديات باب دية الجنين ٦٩٦/٤ حديث ٤٥٦٨ و٤٥٦٩- وسنن الدارمي كتاب الديات باب دية الخطأ على من هي ١٩٧/٢ عن أبي هريرة- وسنن الترمذي أبواب الديات باب ما جاء في دية الجنين ٤٣٢/٢ حديث ١٤٣١ عن أبي هريرة ولم يذكر دية المرأة. وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب الجنين ٨٨٢/٢ حديث ٢٦٤٠ ولم يذكر دية المرأة. وسنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات ١١٧/٣ والفتح الرباني كتاب القتل والجنايات باب ما جاء في العاقلة وما تحمله ٥٩/١٦/٦٠، وسنن البيهقي كتاب الجنايات باب عمد القتل بالحجر وغيره مما الاغلب أنه لا يعيش قتله ٧٠/٨ عن أبي هريرة.

الحرم من استيفائه كالقصاص في النفس ولأنه حد من الحدود فمنع الحرم استيفاءه كالزاني المحصن والمرتد، إذا قلنا: يقتص منه فوجهه انه ما دون النفس يجري مجرى استيفاء الأموال ولهذا لا يتعلق كفارة والحرم لا يمنع من استيفاء حقوق الأموال كذلك الأطراف التي هي جارية مجراه.

دخول الحلل في أصول الدية:

٢٦- مسألة: في الحلل هل هي أصل في الدية؟

فنقل حنبل: أنها أصل في الدية وأنها مئتا حلة على أهل الحلل.

ونقل صالح: انها ليست بأصل.

وجه الأولى: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: كانت قيمة الإبل على عهد رسول الله- ﷺ- مائة درهم فلم يزل كذلك حتى استخلف عمر فصعد فخطب فقال: ألا إن الإبل قد غلت ففرضها على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مئتي بقرة وعلى أهل الغنم ألفي شاة وعلى أهل الحلل مئتي حلة[١] والظاهر من هذا انه انتشر في الصحابة فلم ينقل خلافه فحصل إجماع من الصحابة، وقد روى هذا الحديث مسنداً فروى أبو داود في سننه بإسناده عن عطاء بن أبي رباح أن رسول الله- ﷺ- قضى في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مئتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلل مئتي حلة[٢].

ووجه الثانية: ان الحلل جنس لا يجب فيه الزكاة فلا يجب في الديات[٣] كالحمير والبغال.

---

(١) سنن أبي داود كتاب الديات باب الدية كم هي ٦٧٩/٤ حديث ٤٥٤٢ والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الجنايات باب اعواز الإبل ٧٧/٨.
ومصنف عبد الرزاق كتاب العقول باب كم تؤخذ الدية ٤٢٠/٩ حديث ١٧٨٥٩.

(٢) سنن أبي داود كتاب الديات باب الدية كم هي ٦٨٠/٤ حديث ٤٥٤٣ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الديات باب اعواز الإبل ٧٧/٨.

(٣) في الأصل «في الدواب» وليس بظاهر.

دية الشجاج:

٢٧- مسألة: في الشجاج التي هي دون الموضحة كالحارصة والبازلة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق هل فيها مقدر أم لا؟.

فنقل أبو طالب عنه: قد حكم زيد في الدامية يعني البازلة ببعير وفي الباضعة ببعيرين وفي المتلاحمة بثلاثة وفي السمحاق بأربعة. وأذهب إليه، وهذا حكم أصحاب رسول الله - ﷺ- كما حكموا في الصيد[١]. فظاهر هذا أن فيها مقدراً وهو ما حكاه عن زيد ونقل ابن منصور عنه ما دون الموضحة باجتهاد.

وجه الأولى: ما احتج به أحمد- رحمه الله- من قول زيد[٢] وقول الصحابي حجة إذا لم يخالفه غيره ولأنها شجاج في الرأس والوجه فكان فيها مقدر دليله الموضحة والهاشمة والمتنقلة والسمحاق.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة- واختارها الخرقي وانها لا مقدر فيها وإنما هو اجتهاد الحاكم ما روى مكحول أن النبي- ﷺ- قضى في الموضحة بخمس من الإبل ولم يقض فيما دونها[٣] ولأنه لم يثبت فيه مقدر بتوقيف ولا فيه قياس

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي كتاب الديات باب ما دون الموضحة من الشجاج ٨٤/٨.
ومصنف عبد الرزاق كتاب العقول بالموضحة ٣٠٧/٩ حديث ١٧٣٢١.

(٢) الاثر السابق.

(٣) سنن أبي داود كتاب الديات باب ديات الأعضاء ٦٩٥/٤ حديث ٤٥٦٦ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
وموطأ مالك كتاب العقول باب ذكر العقول ٨٤٩/٢ حديث(١).
وسنن الدارمي كتاب الديات باب في الموضحة ١٩٤/٢ و١٩٥.
وسنن الترمذي أبواب الديات باب ما جاء في الموضحة ٤٢٤/٢ حديث ١٤٠٩ وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب الموضحة ٨٨٦/٢ حديث ٢٦٥٥ والفتح الرباني كتاب الديات- باب جامع دية النفس وأعضائها ٤٦/١٦ و٤٨ حديث ١٢٦- وكتاب جامع دية ما دون النفس ٥٥/١٦ حديث ١٤٣ وكتاب المغازي باب ما جاء في تحريم غزو مكة ١٦٠/٢١
ومصنف عبد الرزاق- كتاب العقول باب الموضحة ٣٠٦/٩ حديث ١٧٣١٦.
وسنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات ٢٠٧/٣ و٢١٠.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الديات باب ارش الموضحة ٨١/٨.
ومجمع الزوائد كتاب الديات باب الديات في الأعضاء وغيرها ٢٩٦/٦ .

صحيح ولأن هذه الجراح دون الموضحة فلم يكن فيها مقدر، دليله إذا كانت على البدن غير الوجه والرأس.

دية الموضحة في الوجه:

٢٨- مسألة: إذا كانت الموضحة في الوجه هل فيها خمس أم عشر؟

على روايتين: نقل حنبل أن فيها عشراً من الإبل.

ونقل صالح أن فيها خمساً من الإبل ولا تختلف الرواية انها إذا كانت في الرأس أن فيها خمساً من الإبل.

وجه الأولى: ان الشين بها في الوجه أكثر منه في الرأس فلهذا كان الأرش أكثر.

ووجه الثانية: وهو اختيار الخرقي- عموم قول النبي ﷺ- في حديث عبدالله بن عمر قال: «في المواضحة خمس»[1].

وكذلك في حديث عمرو بن حزم عن النبي- ﷺ- «في الموضحة خمس من الإبل»[2] وهذا عام ولأنها موضحة فيها مقدر فكان خمساً من الإبل كالتي في الرأس.

دية الشفتين:

٢٩- مسألة: في الشفة السفلى هل فيها نصف الدية أم ثلثاها؟

على روايتين: نقل الميموني فيها نصف الدية وهو قول أبي بكر وعلي وابن مسعود[3]

---

(١) الحديث السابق في المسألة رقم (٢٧).

(٢) تقدم في المسألة رقم (٢٧).

(٣) قول أبي بكر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى- كتاب الديات- باب دية الشفتين ٨٨/٨ وعبد الرزاق في كتاب العقول- باب دية الشفتين ٣٤٣/٩ رقم ١٧٤٨٢ وقول علي أخرجه عبد الرزاق في الباب السابق ٣٤٣/٩ رقم ١٧٤٨٤. وما روى عن ابن مسعود أخرجه الهيثمي في الزوائد كتاب الديات- باب الدية في الأعضاء وغيرها ٢٩٨/٦ بلفظ (كل زوجين ففيهما الدية وكل واحد ففيه الدية) اذ تدخل الشفتان في هذا العموم.

ونقل حنبل أن فيها ثلثي الدية وفي العليا الثلث وبه قال زيد بن ثابت[١].

ووجه هذه الرواية أن المنفعة بالسفلى لأنها هي التي تدور والعليا ساكنة لا تتحرك فكان فيها أكثر من العليا.

ووجه الأولى: في أنهما سواء ما روى عمرو بن حزم أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: في الشفتين الدية[٢].والظاهر أن في كل واحدة منهما نصف الدية وكلما جعلت الدية في شيئين كان في كل منهما نصفها كالأذنين.

بدل اسوداد السن بالجناية عليها:

٣٠- مسألة: إذا ضرب سن رجل فاسودت هل يجب عليه جميع ديتها أم ثلث ديتها؟

فنقل ابن منصور:السن إذا اسودت ثم عقلها فإن طرحت بعد ذلك فله الثلث.

ونقل أبو الحارث عنه في السن إذا اسودت: فيها ثلث الدية.

وقال أبو بكر المسألة على روايتين: احداهما تجتمع جميع الدية والثانية تجب ثلث الدية.

وعندي أن المسألة ليست على ظاهرها فالذي نقله أبو الحارث في السن السوداء ثلث الدية يعني به إذا اتلفت بعد أن اسودت فيها ثلث الدية كما في اليد الشلاء إذا قطعت وهذا فضل يأتي ولم يرد به أنها إذا ضربت واسودت فيها ثلث الدية.وقوله في رواية ابن منصور: ثم عقلها محمول عليه إذا اسودت وذهبت كل منافعها حتى لا يقدر ان يعض بها شيئاً فيكون فيها جميع ديتها كما لو ضرب يده فأشلها فإنه يجب فيها جميع ديتها لأنه عطل جميع منافعها وأما إذا اسودت مع بقاء منافعها ففيها حكومة لأجل الشين.

---

(١) لم أقف على هذا الأثر.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي- باب دية الشفتين ٨٨/٨.

وباب جماع أبواب الديات فيما دون النفس ٨١/٨.

وسنن الدارمي كتاب الديات باب الدية من الابل ١٩٣/٢.

دية يد الأقطع:

٣١- مسألة: إذا قطع يدا قطع فهل يجب عليه دية اليدين كما يجب عليه في عين الأعور إذا فقئت دية العينين أم لا؟.

فنقل أبو النضر عنه حديث عمر: لو أن رجلاً فقأ عين أعور كان عليه الدية كاملة قيل له فإن قطع يداً قطع قال: وهكذا يكون في قياسه. قال جابر ابن زيد: إن أخذ ليده المقطوعة دية ثم قطع هذا يده الأخرى فلا يأخذ وإن لم يأخذ أخذ الدية كاملة، فظاهر هذا انه إن كان الأقطع أخذ ليده المقطوعة أولاً بدلاً وهو أن يكون قطعها رجل متعدياً وغرمه ديتها أو قطعت قصاصاً عوضاً عن جناية حصلت من جهته لم تستحق اليد الثانية أكثر من ديتها وإن قطعت في سبيل الله بمعنى قطعها أهل دار الحرب أو قطعت في السرقة أو قطاع الطريق وجب له على القاطع دية اليدين.

ونقل ابن منصور عنه إذا قطعت يده في سبيل الله أو في حد ثم قطع رجل يده الأخرى فليس إلا النصف، ولا يكون إلا في العين، وكذلك نقل أبو طالب لا يكون اليد والرجل مثل العين أقول: لا يقتص من العين وحدها، وما كان سوى ذلك اقتص منه، فقد نص على أن فيها نصف دية يد وفرق بين ذلك وبين عين الأعور وأثبت القصاص فيها لمن له يدان.

وجه الأولى: انه إذا قطع الباقية فقد عطل منفعة البطش بهذا العضو فيجب أن يجب له كمال الدية كما لو فقأ عين الأعور ولأناقد قلنا في اللص إذا سرق في الدفعة الثالثة: لا يقطع يده اليسرى لئلا يؤدي إلى تعطيل المنفعة كذلك هاهنا.

ووجه الثانية: - وهي الصحيحة - أنه قطع أحد اليدين فلم يلزمه أكثر من قيمتها دليله لو كان قد أخذ لها بدلاً وبهذا فارق عين الأعور أن فيها دية كاملة أخذ للذاهبة بدلاً أم لم يأخذ.

ولما صار أحمد هاهنا إلى الفرق بين أن يأخذ لها بدلاً أو لا يأخذ، إلى ما حكاه عن جابر بن زيد أنه اعتبر هذا الاعتبار ولأن الأعور يدرك بإحدى

عينيه ما يدركه بالأخرى بدليل انه يدرك من المدى ما يدرك ذو العينين ويتأمل نقط المصاحف ونحو ذلك فإذا قلع عينه أتلف عليه ضوء فهو كما لو قلع العينين وليس كذلك صاحب اليد الواحدة لأنه لا يدرك باليد الواحدة ما يدركه باليدين فليس في قطعها تعطيل منفعة اليدين ولهذا فرقنا بينهما.

عقل الجناية على المرأة إذا زاد عن ثلث دية الرجل:

٣٢- مسألة: إذا جنى على المرأة جناية يزيد أرشها على ثلث دية الرجل فهل يكون على النصف من ديته أم يرد إلى ثلث ديته؟

على روايتين: نقل الجماعة: صالح وعبد الله وأبو الحارث أنه يكون على النصف من ديته، وهو اختيار الخرقي.

ونقل ابن منصور: إذا قطعت يد المرأة عمداً أو رجلها ففيه ثلث دية الرجل يعني دية النفس فقلت: هذا اللفظ من أصل مسائل ابن منصور فقد نص على أن دية يدها تضمن بثلثة دية الرجل لأنها قد زادت على ثلث ديته ولم يرد ذلك إلى نصف ديتها ويفيد الخلاف أنه إذا قطع يدها وجب فيها على الرواية الأولى نصف ديتها وهو ربع دية الرجل وعلى ما نقل ابن منصور يكون فيها ثلث دية الرجل وعلى هذا الحساب.

وجه الأولى: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - ﷺ - قال: «عقل المرأة كعقل الرجل إلى ثلث الدية»[1] وهي المأمومة وما زاد بعد ذلك فعلى النصف. وهذا نص فإنه رد الزيادة إلى النصف ولم يردها إلى ثلث دية الرجل.

وروي أن ربيعة سأل سعيد بن المسيب عن اصبعها، فقال: فيها عشر من الإبل، فقال له: فاصبعان؟ فقال: عشرون قال: فثلاث أصابع، قال: ثلاثون، قال: فكم في أربع أصابعها؟ فقال: عشرون، قال له ربيعة: لما اشتد جرحها

(١) سنن النسائي كتاب الديات- عقل المرأة ٨/٤٤.
وسنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات ٣/٩١.

وعظمت مصيبتها قل عقلها فقال له سعيد أعراقي أنت؟ إنما هي السنة يا بن أخي[1].

والتابعي إذا قال هي السنة إنما يريد سنة النبي عليه السلام ولأن هذه الجناية يزيد أرشها على ثلث دية الرجل فيجب أن يكون على النصف من ديته دليله الجناية على جملتها بأن يقتلها.

ووجه الثانية: أن الجناية إذا لم تزد على الثلث فإنها تساوي الرجل فيها لأن الثلث في حد القلة وهذا المعنى موجود فيجب أن ترد إليه ولا تنقص عنه ولأنه إذا جاز أن تساويه في الثلث إذا لم يزد أرشها على الثلث فأولى أن تساويه في الثلث إذا زاد أرشها على الثلث، ألا ترى أن الأخوين من الأم لهما الثلث فإذا كانوا ثلاثة فصاعداً لم يزادوا على الثلث ولم ينقصوا عنه؟ كذلك هاهنا.

دية المثانة إذا فتقت فلم يستمسك البول:

٣٣- مسألة: إذا وطيء أجنبية مكرهة فأفضاها واسترسل البول.

فنقل أبو طالب عنه: وفي المثانة إذا فتقت فلم يستمسك البول الدية كاملة.

ونقل ابن منصور: في الفتق الثلث والفتق ان لا يستمسك البول روي فيه الثلث.

قال أبو بكر: المذهب على ما روى أبو طالب وأن المثانة إذا لم يستمسك البول فيها كمال الدية وقوله في رواية ابن منصور: الثلث ليس بمذهب له وإنما حكاه عن غيره.

وجه ما نقله أبو طالب انه إذا استرسل البول فقد اذهب العضو ومنفعته جمعياً وبذهاب المنفعة تجب كمال دية العضو كما لو ضرب يده فأشلها فإنه يلزم دية اليد لذهاب منفعتها كذلك هاهنا.

---

(١) موطأ مالك كتاب العقول باب ما جاء في عقل الأصابع ٢/٨٦٠.
والسنن للبيهقي كتاب الديات باب ما جاء في جراح المرأة ٨/٩٦.
ومصنف عبد الرزاق كتاب العقول باب متى يعاقل الرجل المرأة ٩/٣٩٤ حديث ١٧٧٤٩.

ووجه ما نقله ابن منصور ان الجناية عليها بالإفضاء فلم يلزمه زيادة على ثلث الدية كما لو كان البول محتبساً.

دية ذكر العنين:

٣٤- مسألة: اختلفت الرواية في ذكر العنين هل فيه دية كاملة أم حكومة؟

فنقل أبو الحارث: فيه دية كاملة.

ونقل حنبل: فيه حكومة ولا تختلف الرواية في ذكر الخصي ان فيه حكومة نص عليه في رواية ابن منصور.

وجه من قال: إن فيه حكومة ان منفعة الذكر قد بطلت منه وهو الإنزال والإحبال فلم يجب فيه دية كاملة كذكر الخصي.

ومن قال: فيه دية كاملة قال: انا اجمعنا على أن ذكر الصبي فيه دية كاملة وإن كنا لا نتحقق سلامته حال الجناية لأنه يجوز أن يبلغ عنيناً ويجوز أن يبلغ صحيحاً وقد أوجبنا فيه دية كاملة كذلك في ذكر العنين. وهذا القائل يجيب عن ذكر الخصي بأن العجز هناك متحقق فليس كذلك هاهنا لأن نقصه غير متحقق لأن هذا النوع من المرض وإن كان مما يجوز بقاؤه فقد يجوز أن يزول فهو كذكر الصبي يجوز أن يكون عنيناً ويجوز أن يكون صحيحاً والخصي يتحقق عجزه على صفة لا يزول.

دية العضو الزائد أو الأصلي الذي تعطلت منفعته:

٣٥- مسألة: إذا جنى على عضو صورته صورة الصحيح في الخلقة إلا أنه لا منفعة فيه كالعين القائمة وهي التي في صورة البصير غير أنه لا يبصر بها واليد الشلاء والرجل الشلاء وهي في صورة الصحيحة غير انه لا يبطش بها ولسان الأخرس وهو في صورة لسان الناطق غير أنه لا ينطق به والذكر الأشل وذكر الخصي والأصبع الزائدة ونحو ذلك هل فيه مقدر أم لا؟

على روايتين: نقل عبد الله وأبو داود في العين القائمة واليد الشلاء والسن

السوداء إذا قلعت: ثلث ديتها وكذلك نقل أبو طالب في الأصبع الزائدة، فظاهر هذا أن فيها مقدراً وهو ثلث دية ذلك العضو.

ونقل ابن منصور عنه في ذكر الخصي حكومة قيل له: ثلث الدية قال: فيه حكم وكذلك نقل مهنا عنه: في الأصبع حكم وكذلك نقل أبو الحارث عنه قال: بعض الناس في اليد الشلاء والعين القائمة والسن والسوداء إذا أصيبت يأخذ لها حكماً، فظاهر هذا ان الواجب في ذلك حكومة غير مقدرة. والوجه فيه أنه ليس فيه جمال كامل ولا منفعة فلم يجب فيه مقدر كالشارب والحارصة.

ووجه من قال: فيه مقدر، هو اختيار الخرقي، ما روى أبو داود قال: حدثنا أبو مخنف محبوب بن خالد السلمي: قال مروان بن محمد قال الهيثم بن جميل: قال العلاء بن الحارث قال: حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى رسول الله- ﷺ- في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية[1]. وروى قتادة عن عبد الله بن بريدة الأسلمي عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس أن عمر بن الخطاب قضى في العين القائمة إذا خسفت واليد الشلاء إذا قطعت والسن السوداء إذا كسرت بثلث دية كل واحد[2] ولا يعرف له مخالف فإن قطع كفا لا أصابع له أو ذكراً لا حشفة له فهل يجب في ذلك ثلث الدية أم حكومة غير مقدرة؟

فنقل أبو طالب عنه في بقية الذكر وبقية الكف وفي شحمة الأذن ثلث الدية فمن ذهب من أصحابنا إلى ظاهر هذا قال: لأن معظم الجمال بالأذن إذا كانت بشحمتها والكف يحصل به من الجمال قريب مما يحصل باليد الشلاء وكذلك بقية الذكر يحبس البول وهو يجري مجرى ذكر الأشل ويتوجه عندي أن يكون في ذلك رواية واحدة وانه يكون فيه حكومة غير مقدرة لأن المقدر

(١) سنن أبي داود كتاب الديات باب ديات الأعضاء ٦٩٥/٤ حديث ٤٥٦٧. وسنن النسائي كتاب القسامة- العين العوراء السادة لمكانها إذا طمست ٥٥/٨- وسنن الدارقطني كتاب الجنايات ١٢٨/٣ و١٢٩.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الديات باب ما جاء في العين القائمة ٩٨/٨ ومصنف عبد الرزاق كتاب العقول باب العين القائمة ٣٣٤/٩ عن جماعة من الصحابة منهم عمر بن الخطاب ١٧٤٤١.

وجب في اليد الشلاء ونحوها لما ورد فيه من الأثر ولأنه عضو كامل الخلقة وهذا بعض عضو فلا يحصل من الجمال بجميع العضو فلهذا فرقت بينهما.

دية العظام:

٣٦- مسألة: في الضلع والساق والفخذ والترقوة والزندين والذراع والساعد هل في ذلك مقدر أم فيه حكومة غير مقدرة؟.

فنقل أبو طالب عنه: في الضلع بعير وفي الترقوة بعير، وكسر الساق بعيران وكسر الفخذين بعيران. فالضلع والترقوة على النصف من الساق والفخذ لأن الساق والفخذ فيهما مخ فقد نص على أن في الضلع بعير، وفي الترقوة بعير يعني في كل واحد منهما وفيهما بعيران لأن الترقوة وهو العظم الممتد من عند نقرة النحر إلى المنكب ولكل واحد ترقوتان ففي كل واحدة بعير، وقد قال الخرقي. في الترقوة بعيران يعني فيهما جميعاً وفي كل واحد من الساقين والفخذين بعيران وكذلك في كل واحد من الزندين بعيران نص على ذلك في رواية صالح وأبي الحارث فقال في الزند إذا انكسر بعيران وفيهما جميعاً أربعة من الإبل وكذلك في الذراع والساعد بعيران وفي كل واحد منهما كالساق والفخذ.

ونقل ابن منصور كلاماً يدل على انه لا مقدر في ذلك فقيل له: إذا كسرت الذراع والساق فقال: يروى عن عمر في كل واحد قلوصان[1] ولا نكتبه فظاهر هذا انه لم يأخذ به.

وجه الأولى: وهي اختيار الخرقي ما روي عن عمر بألفاظ وروى أحمد قال حدثنا عبد الصمد قال حدثنا همام: حدثنا قتادة عن سليمان بن يسار أن عمر قضى في الذراع والعضد والفخذ والساق والورك إذا كسر واحد منهما فجبر فلم يكن فيه دحور جرح ببعير[2] وإن كان فيهما دحور فحساب ذلك.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي كتاب الديات باب كسر الذراع ٩٩/٨ بلفظ (إذا كسرت الساق والذراع ففيها عشرون دينار أو حقتان إذا برئت على غير عثم)—

(٢) هكذا في الأصل بعير بالأفراد ولعل الصواب بعيران حتى يتفق مع الرواية السابقة عن عمر ومع ما ذكر في أول المسألة، وقد بحثت عن هذه الرواية عن عمر فلم أجدها.

وروى أحمد قال:حدثنا محمد بن جعفر قال:حدثنا شعبة عن قتادة عن سليمان عن يسار عن عمر انه قضى في الذراع والعضد والساق والورك إذا جبرت قلوصين[1].وروى سعيد عن مطر عن قتادة عن سليمان عن زيد بت أسلم[2] عن مسلم بن جندب عن أسلم عن عمر: في الضلع جمل وفي الترقوة جمل[3].

وروى عمرو بن شعيب أن عمر قضى في أحد الزندين ببعيرين وفيهما جميعاً بأربعة أبعرة[4]. ولأن أكثر ما في ذلك أنه كسر عظم وذلك لا يمنع التقدير كالسن إذا كسرت والهاشمة.

ووجه الرواية الثانية: انه عظم باطن فكان فيه حكومة كما لو كسر العصعص وخرزة الصلب.

ويفارق هذا الأسنان لأن ذلك ظاهر وأما الهاشمة فإن أوضح ثم هشم فهو ظاهر وإن هشم ولم يوضح ففيه نظر.

دية الكتابي:

٣٧- مسألة: في دية اليهودي والنصراني إذا قتل خطأ كم قدرها؟

فنقل الأثرم وأبو طالب وأبو الحارث:أنها نصف دية السلم.

ونقل حنبل:انها على الثلث من دية المسلم، فظاهر هذا أن المسألة على روايتين:

قال أبو بكر في كتاب الشافي المسألة رواية واحدة بأنها على النصف من دية المسلم لأنه قال في رواية أبي الحارث:كنت اذهب إلى حديث ابن عمر[5]

(١) الأثر المتقدم في نفس المسألة.

(٢) عبارة المخطوطة هكذا (عن قتادة عن سليمان ان عمرو سليمان عن زيد بن اسلم) الخ. والذي يظهر أن جملة (أن عمرو سليمان) زائده إذ لا يستقيم الكلام مع وجودها.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الديات باب ما جاء في الترقوة والضلع ٩٩/٨.

(٤) قال صاحب ارواء الغليل في تخريج أحاديث السبيل ٣٢٨/٧ حديث- ٢٢٩٢: أخرجه ابن أبي شيبة ٢/٩٩/١١).

(٥) هكذا في الأصل (ابن عمر) ولم أجد لابن عمر رواية في هذه المسألة ولعل الصواب (عمر) لأنه الذي روى عنه ذلك.

أن دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف[1] «ثم نزلت عن حديثه لحديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده »[2]، فظاهر هذا الرجوع ولا تختلف الرواية أنه إذا قتل عمداً أن ديته دية المسلم.

ووجه الأولى: ما روى المروذي حدثنا أبو عبد الله:حدثنا هاشم بن القاسم وعبد الصمد قال:حدثنا محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي- ﷺ- قضى أن عقل أهل الكتاب نصف عقل المسلمين[4] وفي لفظ آخر قال دية الكافر نصف دية المسلم[3] ولأن النقص المؤثر في الدية ضربان: كفر وأنوثية ثم ثبت أن الأنوثية أثرت في إسقاط نصف الدية كذلك نقص الكفر.

ووجه الثانية: ما روي في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي- ﷺ- قال:دية الكافر ثلث دية المسلم[5] ولأنه ناقص بالكفر فلم تبلغ ديته نصف دية المسلم دليله المجوسي.

وأما قتل العمد فالدلالة على أن ديته مثل دية المسلم أن الأخبار مختلفة في

= سنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات ١٣٠/٣ حديث ١٥٣ و١٥٤ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات- الروايات عن عمر في عدم قتل المؤمن بالكافر ٣٣/٨ وكتاب الديات- باب دية أهل الذمة ١٠٠/٨.

ومصنف عبد الرزاق كتاب العقول باب دية أهل الكتاب ٩٣/٧ حديث ١٨٤٧٩.

(١) سنن الترمذي- أبواب الديات- باب ما جاء لا يقتل مؤمن بكافر ٤٣٣/٣ حديث ١٤٣٤.

(٢) سيأتي قريبا في الاستدلال للرواية الأولى في هذه المسألة.

(٣) سنن ابن ماجه- كتاب الديات- باب دية الكافر ٨٨٣/٢ حديث ٢٦٤٤ والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الديات- باب دية أهل الذمة ١٠١/٨ وسنن النسائي في القسامة باب كم دية الكافر ٤٥/٨.

والفتح الرباني- كتاب القتل- باب دية أهل الذمة ٥٥/١٦.

ومصنف عبد الرزاق- كتاب العقول- باب دية أهل الكتاب ١٢/١٠ حديث ١٨٦٧٥.

(٤) سنن الترمذي- أبواب الديات- باب ما جاء لا يقتل مؤمن بكافر ٤٣٣/٢ حديث ١٤٣٤.

والفتح الرباني- كتاب القتل والجنايات. باب لا يقتل مسلم بكافر ٣٤/١٦. وسنن الدارقطني- كتاب الحدود والجنايات ١٧١/٣.

(٥) لم أجد هذه الرواية في حديث عمرو بن شعيب.

ديتـه، فروي نصف دية المسلم[1]، وروي: مثل دية المسلم[2]، وروي: ثلث دية المسلم[3]، وروي جميع ذلك في حديث عمرو بن شعيب[4] فيجب أن نحمل كل لفظ على وجه لا تعارض بينهما فيسقط فيحمل قوله مثل دية المسلم على العمد، ونصف دية المسلم على الخطأ وثلث ديته على الوقت التي كانت الإبل رخاصاً فكانت قيمة مائة من الإبل ثمانية آلاف فكانت هي دية المسلم فأوجب فيها النصف أربعة آلاف وهي ثلث دية المسلم في وقتنا لأنها اثنا عشر ألفاً ولأنه كـتابي[5] خرجت روحه عن عمد محض مضمون فكملت ديته دليله المسلم وفيه احتراز من المرأة والمجوسي والحربي وقتل الخطأ.

دية أعضاء العبد:

٣٨- مسألة: اختلفت الرواية في الجناية على العبد هل يجب بها مقدر؟

فنقل ابن القاسم وأحمد بن موسى الترمذي: أن كل جناية لها على الحر أرش مقدر من ديته لها من العبد مقدر من قيمته ففي أنف الحر ولسانه وذكره ديته ففي كل واحد منها في العبد قيمته وفي يد الحر نصف ديته وفي يد العبد نصف قيمته وفي أصبع الحر عشر ديته وفي أصبع العبد عشر قيمته وفي موضحة الحر نصف عشر ديته ففي العبد نصف عشر قيمته.

ونقل الميموني ومحمد بن الحكم أن فيه ما نقص سواء كانت الجناية مما ليس له بعد الاندمال نقص وهي الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة أو كان مما له نقص كقطع أحد أطرافه، ووجه هذه الرواية وهي اختيار أبي بكر الخلال أنه

---

(١) تقدم تخريجه في المسألة نفسها.

(٢) سنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات ١٤٥/٣ و١٧١.
ومجمع الزوائد للهيثمي كتاب الديات باب الديات في الأعضاء ٢٩٩/٦.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الديات باب دية أهل الذمة ١٠٢/٨ و١٠٣.
وسنن الترمذي أبواب الديات باب ما جاء لا يقتل مؤمن بكافر ٤٣٣/٢ حديث ١٤٣٤.

(٣) لم أجده.

(٤) تقدم تخريج ما روى في ذلك في هذه المسألة.

(٥) في الأصل (ولأنه ذكر له كتاب).

حيوان مضمون بالقيمة فوجب أن يضمن بالجناية عليه بالقيمة كالبهيمة ولأن العبد باليد تارة وبالجناية تارة ثم ثبت أنه لو ضمن باليد كان فيه ما نقص كذلك إذا ضمن بالجناية.

ووجه الرواية الأولى: وهي اختيار الخرقي وأبي بكر عبد العزيز وهي قول عمر وعلى أنه حيوان يجب بقتله كفارة فوجب أن يكون لأعضائه أرش مقدر كالحر ولأنكم اعتبرتموه بالبهائم واعتبرناه بالحر فكان اعتبارنا أولى لأنه مخاطب مكلف مثاب معاقب وفيه الكفارة والقسامة والقصاص وهذا كله معدوم في البهيمة فكان اعتبارنا أولى.

عمد الصبي والمجنون:

٣٩- مسألة: في عمد الصبي والمجنون هل هو حكم العمد أم في حكم الخطأ وهو أن الصبي المراهق إذا قصد القتل بالسيف أو باللت أو قصد المجنون قتل غيره والمنصوص في رواية أبي داود والمروذي وصالح واحمد بن سعيد: ان حكمه حكم الخطأ.

ونقل أبو بكر في كتاب الخلاف عن ابن منصور: انه في حكم العمد لأنه نقل في رجل وصبي قتلا رجلاً عمداً ان على الرجل القود وعلى الصبي نصف الدية في ماله وأومأ إلى أن المسألة على روايتين والذي ذكر في كتاب الشافي وزاد المسافر في رواية ابن منصور انه في حكم الخطأ وأن الدية على العاقلة فإن كان ما نقله في الخلاف صحيحاً فالمسألة على روايتين: احداهما: أن عمده في حكم العمد فتكون الدية في ماله ووجهها ان كل من وجب أرش الإتلاف في ماله جاز أن تجب الدية في ماله كالبالغ.

والثانية: أن عمده في حكم الخطأ فتكون الدية على العاقلة- وهو الصحيح- لما يروى عن النبي- ﷺ- أنه قال: رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق[1] ولأنه لا يجب به قود بحال فوجب أن لا يكون في حكم العمد كالخطأ.

---

(١) مجمع الزوائد للهيثمي كتاب الديات باب رفع القلم عن ثلاثة ٦/٢٥١. =

تكرر تحمل السيد لجناية أم ولده:

٤٠- مسألة: إذا جنت أم الولد فغرم السيد القيمة ثم جنت بعدها ثانياً فهل عليه ضمان ثان.

قال أبو بكر في كتاب الخلاف فيها روايتان: احداهما عليه الضمان كلما جنت ولو ألف مرة نقلها ابن منصور وهو اختيار الخرقي وأبي بكر.

والثانية: لا يجب على السيد أكثر من قيمتها نقلها حنبل- رحمه الله- فقال ليس على سيدها شيء حتى تعتق فتؤخذ بجنايتها.

وجه الأولى:- وهي الصحيحة- انه لو كان له عبد قن فجنى واختار أن يفديه فداه وإن جنى ثانياً واختار ذلك فداه لأن الذي غرم به أولاً وجد ثانياً كذلك أم الولد المعنى فيه أنه مانع من بيعها عن جنايتها فكان عليه أرش ذلك كما لو اختار ان يفدي العبد القن ولأنه إذا ضمن قيمتها الأول فرغت الرقبة من الجناية وإن قتلت الثاني ثبتت الجناية الثانية في رقبتها واستحقت بها وقد صار المولى مانعاً لها بالاستيلاد المتقدم فيضمن قيمة أخرى للثاني كأنها لم تقتل غيره.

ووجه الثانية: أنه عطل محل أرش الجناية دفعه بسبب واحد فلم يكن عليه أكثر من قيمة ما عطله كما لو جنى عبده مراراً فتعلق له أرش برقبته ثم قتله لم يجب عليه إلا قيمة ما أتلفه كذلك هاهنا.

ما تحمله العاقلة من الدية:

٤١- مسألة: إذا رمى أربعة فصاعداً بالمنجنيق فرجع الحجر على واحد منهم أو على غيرهم فقتله، فالكفارة في مال كل واحد منهم وأما الدية، فقال

= وسنن أبي داود كتاب الحدود باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا ٥٥٩/٤ حديث ٤٣٩٨ و٤٣٩٩ و٤٤٠١ و٤٤٠٢

وسنن ابن ماجه كتاب الطلاق باب طلاق المعتوه والصغير والنائم ٦٥٨/٢ حديث ٢٠٤١.

وسنن الدارقطني كتاب الحدود ١٣٩/٣.

وسنن الدارمي كتاب الحدود ١٧١/٢.

ومسند أحمد ١٠٠/٦ و١٠١ و١٤٤.

وسنن النسائي كتاب الطلاق باب من لا يقع طلاقه من الأزواج ١٥٦/٦.

أبو بكر: فيها روايتـان: احداهما: يلزم كل واحد في ماله بقدر حصته، نقل ذلك المروذي وإسحاق بن إبراهيم وهو اختيار الخرقي. ونقل يعقوب بن بختان في قوم رموا بالمنجنيق فرجع فقتل رجلاً من المسلمين: فالدية على عواقلهم والكفارة في أموالهم فقد أطلق القول انها على العاقلة وهذا محتمل ان يكونوا ثلاثة فما دون فيلزم كل واحد بقسط جنايته الثلث فصاعداً فتحمله العاقلة ويحتمل أن يكونوا أكـثر من ذلك فجعل الدية على العاقلة.

وجه الأولى:- وهي الصحيحة- أنهم إذا كانوا أربعة فصاعداً لزم بجناية كل واحد أقل من الثلث والعاقلة لا تحمل ما دون الثلث رواية واحدة فيجب أن يكون في أموالهم.

ووجه الثانية: ان هذه جناية لو انفرد بها الواحد حملتها العاقلة فإذا اشترك فيها جماعة حملته العاقلة دليله لو كانوا ثلاثة. ولا يلزم عليه الاشتراك في الموضحة والهاشمة لأن تلك انفرد بها الواحد لم تحملها العاقلة جملة كذلك الاشتراك.

دخول الأب والابن في العاقلة:

٤٢- مسألة: في الأب والإبن هل يدخلان في جملة العاقلة في تحمل الدية؟

على روايتين: نقل حرب: العاقلة ما عدا الوالدين والمولودين وهو اختيار الخرقي.

ونقل أبو طالب والفضل بن عبد الصمد: يدخلان في التحمل وهو اختيار أبي بكر وهو ظاهر كلامه.

وجه الأولى: ما روى أحمد بإسناده عن أبي رمثة قال: أتيت النبي- ﷺ- مع أبي[١] فقال هذا ابنك فقلت: نعم فداك أبي وأمي قال: لا يجني عليك ولا تجني عليه[٢] ولم يرد به نفس الجناية لأن من المحال أن يقول: لا تجرحه ولا

(١) في المخطوطة (ومع ابن لي) والصواب (مع أبي) كما في روايات الحديث.

(٢) سنن أبي داود كتاب الديات باب لا يؤخذ أحد بجريرة أخيه أو أبيه ٦٣٥/٤ حديث ٤٤٩٥- وسنن النسائي كتاب القسامة باب هل يؤخذ أحد بجريرة أحد ٥٣/٨.

=

يجرحك ثبت أنه أراد الأرش وأنه لا يتحمل عنك ولا تتحمل عنه.وروى ابن مسعود عن النبي- ﷺ- قال:لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ولا يؤخذ الرجل بجريرة ابنه ولا الابن بجريرة أبيه[1]. ولأنها قرابة لا يستحق بها النفقة مع اختلاف الدين فوجب أن لا يتحمل العقل بها كأبي الأم.

ووجه الثانية: أن العاقلة تحمل العقل نصرة للعاقل والأب أحق بنصرته من غيره ولأنها عصبة فوجب أن تحمل الدية كالأخوة ثم هذا أولى لأن تعصيب الأب أقوى من تعصيب الأخوة لأنه يسقطهم في الميراث ثم ثبت أن الأخ يعقل فإن يعقل الأب أولى ولأن تحمل العقل على سبيل المواساة والأب في مواساة ابنه أولى وأحرى.

تحمل العاقلة لدية الجاني على نفسه خطأ:

٤٣- مسألة: إذا جنى على نفسه جناية خطأ مثل أن ضرب رجلاً بسيف فرجع السيف عليه أو رمى طائراً فعاد السهم عليه فهل هذا يكون هدراً أم تكون فيه الدية على العاقلة؟

على روايتين: احداهما: على عاقلته إن كان حياً وهو أن يقطع يد نفسه ولورثته إن كان ميتاً.

= وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب لا يجنى أحد على أحد ٨٩٠/٢ حديث ٢٦٧١.
وسنن الدارمي كتاب الديات باب لا يؤخذ أحد بجناية غيره ١٩٩/٢ والفتح الرباني كتاب القتل والجنايات باب لا يؤخذ المرء بجناية ولو أقرب الناس إليه ٦١/١٦- والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الجنايات- باب ايجاب القصاص على القاتل دون غيره ٢٧/٨.

(١) أخرجه أحمد بن حنبل- الفتح الرباني- كتاب القتل والجنايات باب التغليظ والوعيد الشديد في قتل المؤمن ٥/١٦ .
والبيهقي السنن الكبرى- كتاب الجنايات- باب تحريم القتل من السنة ٢٠/٨.
والهيثمي في مجمع الزوائد كتاب الديات- باب المسلمون تتكافأ دماؤهم ٢٨٣/٦ .
وأخرج البخاري ومسلم منه قوله: لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض.
صحيح البخاري- كتاب الديات باب قول الله تعالى «ومن أحياها» ١٨٦/٤.
وكتاب الفتن باب قول النبي ﷺ (لا ترجعوا بعدي كفارا) ٢٢٤/٤- وصحيح مسلم كتاب القسامة- باب تغليظ تحريم الدماء والاعراض والأموال ١٣٠٥/٣ حديث ١٦٧٩.

نقل ذلك أبو طالب وابن منصور وهو أصح.

والثانية: أنها هدر أومأ إليه في رواية حرب وقيل له: من قتل نفسه هل يؤدي من بيت المال فقال لا. وكيف يؤدي إذا قتل نفسه؟.

ووجه هذه الرواية أنها جناية على نفسه فوجب أن يكون هدراً كما لو كان عمداً وكل جناية لو كانت عمداً كانت هدراً فإذا كانت خطأ وجب أن تكون هدراً كالجناية على المرتد.

ووجه الأولى: ما روي أن رجلاً كان راكباً على دابة ومعه خشبة فضربها فطارت شظية منها ففقأت عينه فذكر ذلك لعمر فقال: يده يد واحد من المسلمين وجعل ديته على قومه وفي بعضها: فقضى عمر بدية عينه على عاقلته وقال: يد من أيدي المسلمين[1] فإن كان هذا منتشراً في الصحابة فهو إجماع وإن لم يكن منتشراً فهو مخالف للقياس والصحابي إذا قال قولاً يخالف القياس فإنه يقوله توفيقاً عن النبي - ﷺ - فكأن النبي - ﷺ - قضى بذلك ولأن الدية مال يجب بجناية الغير عليه فجاز ان يجب بجنايته على نفسه كالكفارة.

القتل بالسبب:

٤٤- **مسألة**: إذا حفر بئراً في طريق المسلمين بغير إذن الإمام طلباً للثواب ومنفعة المسلمين فوقع فيها إنسان فهل يضمن أم لا؟

على روايتين: إحداهما: لا ضمان عليه نص عليه في رواية إبراهيم بن هاني ويعقوب بن بختان فقال: الا أن تكون بئراً احدثها لمصلحة المسلمين كماء المطر فأرجو أن لا يكون عليه الضمان.

والثانية: يضمن أومأ إليه في رواية الحسن بن ثواب فيمن حفر بئراً فإن كان مما أخذه السلطان لم يضمن فظاهر هذا انه إن لم يأخذه به السلطان فعليه الضمان.

---

(١) مصنف عبد الرزاق كتاب العقول- باب الرجل يصيب نفسه ٤١٢/٩ حديث ١٧٨٢٦ وباب الرجل يقتل ابنه خطأ ٤١٥/١٠ رقم ١٧٨٣٧

وجه الأولى: انه قصد منفعة المسلمين بحفره على وجه لا يضر بهم فلم يكن عليه الضمان كما لو كان بإذن الإمام.

ووجه الثانية: أنه افتيات على الإمام بحفرها فكان كما لو كان حفرها لنفسه وكذلك الحكم فيمن بنى مسجداً في طريق المسلمين:ان كان ضيقاً ضمن وإن كان واسعاً بإذن الإمام فلا ضمان وإن كان بغير إذنه فهل يضمن؟ على روايتين، وكذلك الحكم فيمن فرش البواري في المسجد وبنى فيه حائطاً أو سقف فيه سقفاً أو علق فيه قنديلاً فوقع على إنسان فمات أو تعثر بالبارية فوقع فمات فإن كان بإذن الإمام فلا ضمان وإن كان بغير إذنه يخرج على الروايتين، ويمكن أن يقال في بواري المسجد:لا ضمان وجها واحداً لأنه من تمام مصلحته.

تغيّر الضمان بتغيير صفة المجني عليه فيما بين الجناية واستقرار الضمان:

٤٥- **مسألة**: إذا ضرب بطن نصرانية ثم أسلمت ثم ألقت جنيناً ميتاً فكان الضرب وهي نصرانية والإسقاط وهي وجنينها مسلمان أو ضرب بطن أمة ثم أعتقت ثم ألقت الجنين فكان الضرب وهو مملوك والإسقاط وهو حر فأيش الواجب؟

اختلف أصحابنا.

فقال أبو بكر في كتاب الخلاف فيه عشر قيمة أمه قال:لأن الجناية وقعت به وهو عبد ولا ينتقل الحكم إلى غير ذلك مثل لو قطع يدي عبد ثم أعتق ثم اندمل حال الحرية فإن فيه قيمته اعتباراً بحال الجناية كذلك هاهنا ولأنه لو ضرب بطن حربية ثم أسلمت ثم أسقطت سقط الضمان ولم يعتبر الاستقرار كذلك هاهنا.

وقال شيخنا أبو عبد الله:الواجب فيه غرة عبد أو أمه قيمته خمسون ديناراً إلا أن الجناية إذا وقعت مضمونة ثم سرت إلى النفس كان اعتبار الدية بحال الاستقرار كما لو قطع يدي عبد ثم اعتق ثم سرى إلى نفسه ففيه دية حر كذلك لو قطع يدي ذمي ثم أسلم ثم سرى إلى نفسه ففيه دية مسلم اعتباراً بحال الاستقرار كذلك هاهنا فقد أومأ أحمد إلى ما قاله الشيخ أبو عبد الله في رواية

حرب وقيل له: رجل أعتق ما في بطن أمة فأعتقت فأسقطت جنيناً قال: فيه دية مملوك قال أحمد: لا يجب العتق إلا بالولادة وهو عبد حتى يعلم أنه حي أو ميت. قيل له: إذا ضربها فأسقطت حياً ثم مات قال هذا حر عليه دية حر كاملة. فقد نص على أن العتق ينفذ في الولد وأنها إذا وضعته حياً ثم مات من الجناية ففيه دية حر اعتباراً بالجناية حال الاستقرار وهذا موجود فيه إذا جنى عليه ثم أعتقت ثم أسقطت يجب أن يكون فيه غرة اعتباراً بحال الإستقرار لأنه لو كان الاعتبار بحال الجناية كما قال أبو بكر لم يحكم فيه بدية حر لأن وقت الجناية عليه كان عبداً.

ضمان جنين الأمة إذا سقط من الجناية عليها ميتاً:

٤٦- **مسألة:** في جنين الأمة إذا أسقط من الضربة ميتاً هل يضمن بعشر قيمة أمه أو بنصف العشر؟

فنقل صالح وابن منصور أنه يضمن بعشر قيمتها.

ونقل حرب يضمن بنصف عشر قيمة أمه.

وجه الأولى: - وهي الصحيحة - أنه جنين ميت بالجناية فوجب فيه عشر بدل أمه دليله جنين الحرة ولا يختلف المذهب في أن الواجب فيه عشر دية أمه وهو خمس من الإبل لأن ديتها خمسون نصف دية الرجل أو ستمائة درهم عشر ستة آلاف كذلك في جنين الأمة يجب أن يعتبر بعشر قيمة أمه يبين صحة هذا نه إنما قدرت دية الجنين لأنها دية نفس ولم يجز إيجابها دية كاملة لأنا نجهل حياته حين الضرب فاعتبرنا أدنى مقدر ورد الشرع في الجنايات وهو أرش الموضحة خمس من الإبل نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة وهذا المعنى موجود في جنين الأمة فيجب أن يتساويا في المقدار.

ووجه الثانية: ان الحر والمملوك إذا اشتركا فيما هو مقدر كان المملوك على النصف من الحر يدل على ذلك أن المملوك تعتد شهرين وخمس ليال من الوفاة وبشهر ونصف من الطلاق وبقرء ونصف إذا كانت من ذوات الاقراء ولكن

القرء الواحد لا يتبعض فكمل وكذلك عدد الطلاق وهو على النصف وكذلك عدد المنكوحات كذلك هاهنا.

ضمان جنين البهيمه إذا سقط ميتاً بالجناية على أمه:

٤٧- مسألة: في جنين البهيمة إذا سقط بالضربة ميتاً هل يضمن بعشر قيمة أمه أو بما نقصت الأم؟

فالمنصوص عن أحمد- رحمه الله- في رواية ابن منصور:أنه يجب فيه م نقص يعني ما نقصت أمه بالإسقاط لأنها جناية على بهيمة وكان فيها ما نقص كما لو جرحها.

وقال أبو بكر:فيه عشر قيمة أمه لأنه جنين مضمون بالقيمة فضمن بعشر قيمة أمة دليله جنين الأمة.

إذا مات العبد القاتل عمداً أو قتل بغير إذن ولى الدم:

٤٨- مسألة: في عبد قتل صبياً أو رجلاً عمداً فقام رجل[1] فاقتص من العبد بغير إذن ولي الدم فهل يملك ولي المقتول المطالبة لسيد العبد بالقيمة أم قد سقط ذلك بقتله؟

على روايتين: نقل مهنا: قد سقط ذلك بقتل العبد.

ونقل حرب لم يسقط حقه وهو اختيار أبي بكر.

وجه الأولى: أن محل الجناية هو رقبة العبد ففات المحل بقتله فسقط الضمان كما لو مات حتف أنفه.

ووجه الثانية: أن لبدل هذه الجناية محل هو قيمة هذا العبد المقتول لأن السيد يرجع على قالته بقيمته وإذا كان لبدل الجناية محلا، وقد فات بغير اختيار من له الحق وجب أن يرجع إلى البدل كالحر إذا قتل عمداً ومات وخلف تركة فإن الحق لا يسقط بموته لأن لبدل الجناية محلاً هو التركة.ويفارق

---

(١) في الأصل (فقال الرجل).

هذا لو مات العبد لأنه ليس لبدل الجناية محل يرجع إليه فهو كالحر المعسر إذا قتل ثم مات فإنه لا يرجع على ورثته كذلك هاهنا.

دخول أيمان غير المسلم في القسامة إذا كان حال الجناية مسلماً:

٤٩- مسألة: إذا قتل ولد الرجل وهناك لوث فارتد والده قبل أن يقسم ثم أراد أن يقسم في حال الردة منعه الإمام من ذلك لأن من أقدم على الردة أقدم على اليمين الكاذبة، فلو[1] خالف وأقسم فهل تقع القسامة موقعها؟

قال أبو بكر في كتاب الخلاف: لا يقسم ويكون موقوفاً لأنه ليس من أهل القسامة لإقدامه على اليمين الكاذبة.

وعندي أنها تقع موقعها لأن القسامة من أنواع الاكتساب والمرتد لا يمنع من اكتساب المال في مهلة الاستتابة.

حلف أولياء الدم في القسامة إذا كان أحدهم صغيراً أو غائباً:

٥٠- مسألة: إذا قتل رجل وهناك لوث وخلف ابنين كبيراً وصغيراً أو كبيرين أحدهما غائب فللكبير أن يحلف قبل بلوغ الصغير وللحاضر أن يحلف قبل قدوم الغائب ويثبت له الحق من الدية وهل يثبت له الحق بأقل من خمسين يميناً؟

ذكر أبو بكر في كتاب الخلاف كلاماً يدل على أنه لا يثبت بأقل من خمسين يميناً.

وجهه أن الخمسين في القسامة كاليمين الواحدة في الأموال ثم ثبت لو أنه ادعى مالا أقسم يميناً واحدة وجب أن يقسم هاهنا خمسين يميناً.

وقال الشيخ أبو عبد الله: يحلف الكبير والحاضر بقدر قسطه من القسامة وهو خمس وعشرون يميناً إذا كان يستحق نصف الدية ولا يجب عليه جميع القسامة لأن ايمان القسامة تجري مجرى البينة في إثبات الحق وقد ثبت أنهما لو كانا حاضرين وثبت لهما حق بشاهد واحد كان لهما أن يحلفا جميعاً مع الشاهد

(١) في الأصل «فقال».

فيحلف كل واحد يميناً ولو كان أحدهما غائباً فأقام الحاضر شاهداً كان له أن يحلف معه يميناً واحدة ويستحق بقدر حصته ولا يلزمه أن يحلف عن نفسه وعن أخيه كذلك هاهنا.

القسامة من غير دية بين المدعي عليهم وأولياء الدم:

٥١- مسألة: إذا ادعى قتيل على أهل محلة من محال البلاد الكبار التي يطرقها غير أهلها مثل الكرخ والقطيعة ونهر الدجداج وباب الشعير، وباب الهجرة وباب الشام وما جرى هذا المجرى فهل يكون لوثاً ويثبت القسامة؟.

فنقل مهنا كلاماً يدل على أنه لا يكون لوثاً ولا قسامة ويكون القول قول المدعي عليهم فقال: إذا وجد قتيلاً في الطواف أو في الزحام أو في مسجد الجامع فقال: من كان بينه وبينه عداوة أخذ به أو ادعوا على رجل بعينه فإن لم يعرف له قاتل فدمه هدر.

ونقل عبد الله كلاماً يدل على القسامة فقال: يروى عن علي أن الدية على الجماعة الذين وجد فيهم المقتول[١] وإليه أذهب.

فقال أبو بكر: القياس فيما روى مهنا والرواية الأخرى يحتمل القول على أنه لم يكن له مخالف في الصحابة فإن كان له مخالف فالقول ما قاله مهنا ولا معنى للقسامة.

وقد نقل ابن منصور كلاماً يدل على ما نقله عبدالله: إذا وجد قتيل بين قريتين فهو قسامة ومن ذهب إلى ظاهر ما نقله عبدالله وابن منصور فوجهه أن رجلاً جاء إلى النبي -ﷺ- فقال ان أخي قتل بين قريتين فقال رسول الله -ﷺ-: يحلف منهم خمسون رجلاً ولك مائة من الإبل[٢]. وروى الشعبي قال: وجد قتيل بين

---

(١) في مصنف عبد الرزاق- كتاب العقول- باب من قتل في زحام ١٠/٥١ رقم ١٨٣١٦ ان عليا جعل الدية في بيت المال ولم أجد أنه جعلها على الجماعة الذين وجد فيهم المقتول.

(٢) مجمع الزوائد باب القسامة ٦/٢٩٠.

والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب القسامة باب ما روى في القتيل يوجد بين قريتين ٨/١٢٦ بلفظ (فأمر النبي- ﷺ- ان يقاس إلى أيها أقرب فوجد أقرب إلى أحد الجبين بشبز فالقى دينه عليهم) ومسند الإمام أحمد ٣/٨٩.

وادعة وحيوان حيين من أحياء همدان فبعث عمر بن الخطاب بن قاس ما بينهما فضمن أقربها فاستحلف منهم خمسين بالله ما قتلناه وما علمنا قاتلاً ثم ضمنهم الدية[٢]. ولأن النبي- ﷺ- قضى بالقسامة على أهل خيبر [٣] وهي بلد من البلاد كذلك في غيرها من المحال والبلاد.

ووجه ما نقله مهنا- وهو الصحيح- أن المحال التي يخلطها غير أهلها ويطرقها المجتاز يجوز أن يكون القاتل من أهل المحلة ويجوز أن يكون غيره فلم يجز الحكم بأمر مجوز ولا يشهد له الظاهر ويفارق هذا خيبر لأن خيبر دار يهود محضة لا يخالطهم غيرهم فكان بين الأنصار وبين اليهود عداوة ظاهرة وهذا معدوم في مسألتنا،وأما الخبر المروي عن النبي- ﷺ- فلا يصح الاحتجاج به على المذهب لأن فيه أنه حلفهم وغرمهم ولا يختلف المذهب أنه لا يجتمع اليمين والغرامة.

(تحمل بيت المال دية من لا عاقلة له إذا قتل في زحام)

٥٢- مسألة: فيمن قتل ولا عاقلة له هل يكون دية المقتول في بيت المال...؟

---

(١) سنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات ١٧/٣ حديث ٢٥٥ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب القسامة باب أصل القسامة والبداية فيها مع اللوث بايمان المدعي ١٢٤/٨.

(٢) صحيح البخاري- كتاب الديات- باب القسامة ١٩١/٤ و١٩٢ وصحيح مسلم كتاب القسامة والمحاربين باب القسامة ١٢٩١/٣ حديث ١٦٦٩- وموطأ مالك كتاب القسامة ابتداء أهل الدم بالقسامة ٨٧٧/٢.

وسنن أبي داود كتاب الديات باب القسامة ٦٥٥/٤ حديث ٤٥٢٠.

وسنن الدارمي كتاب الديات باب في القسامة ١٨٩/٢.

وسنن الترمذي أبواب الديات- باب القسامة- ٤٣٦/٢ حديث ١٤٤٤.

ومجمع الزوائد للهيثمي كتاب الديات باب ما جاء في القسامة والقتيل يكون بأرض قوم ٢٩٠/٦.

وسنن ابن ماجه كتاب الديات باب القسامة ٨٩٢/٢ حديث ٢٦٧٧.

والفتح الرباني- كتاب القتل والجنايات- باب ما جاء في القسامة ٤٤/١٦.

وسنن الدارقطني كتاب الحدود والجنايات ١٠٨/٣.

والسنن الكبرى للبيهقي كتاب القسامة باب أصل القسامة ١١٧/٨.

فنقل أبو طالب: لا يكون في بيت المال ويكون دمه هدراً.

ونقل حنبل عنه فيمن وجد قتيلاً في زحام الناس في دخول البيت أو في يوم الجمعة أو في الطواف: أن ديته في بيت المال.

ونقل مهنا عنه: التفرقة إن مات في زحام البيت فدمه هدر وإن مات في زحام الجمعة فهي في بيت المال.

وجه الأولى في أنها تسقط أن القياس يمنع من تحمل الدية لأنها جناية منه لكن تركنا القياس في العاقلة للإجماع وبقي ما عداه على موجب القياس ولأنه لا نسب بينهم ولا ولاء فلم يتحمل ديته كآحاد المسلمين.

ووجه الثانية- وهي اختيار الخرقي- ما روى في حديث الأسود بن يزيد أنه قتل في زحام البيت[1] فسأل عمر علياً فأشار أن تجعل ديته من بيت المال[2] وفي حديث سهل بن مذكور[3]: أن الناس ازدحموا يوم الجمعة فتفرقوا عن قتيل فجعل علي-رضي الله عنه- ديته من بيت المال ولأن ماله يتنقل إلى بيت المال[4] بعد موته فجاز أن يعقلوا عنه.

ووجه ما نقله مهنا من الفرق بين زحام البيت وزحام الجمعة أن الزحام في الحج إنما يحصل بالحركات الموجودة في حالة الطواف والسعي وتلك المناسك مأمور بها على هذا الوجه فعلى هذا لم يضمن ما حصل منها لأنه مأمور به وليس كذلك الصلاة لأن الزحام إنما يحصل بالسعي إليها وذلك غير مأمور به وإنما المأمور به الصلاة والزحام لا يحصل بافعالها فما يحصل منها من الاتلاف يجب أن يكون مضموناً عليه.

---

(١) هكذا في المخطوطة ولعل الصواب «أن رجلا قتل في زحام البيت» كما في مصنف عبد الرزاق في الأثر نفسه.

(٢) مصنف عبد الرزاق- كتاب العقول- باب من قتل في زحام ١٠/٥١ حديث ١٨٣١٧.

(٣) هكذا في المخطوطة ولعل الصواب يزيد بن مذكور كما في مصنف عبد الرزاق في الأثر فيه.

(٤) المرجع السابق ١٠/٥١ حديث ١٨٣١٦ عن يزيد بن مذكور.

وجوب الدية على من قتل مسلماً في دار الحرب يظنه كافراً:

٥٣- مسألة: إذا قتل المسلم في دار الحرب يظنه كافراً فبان مسلماً فهل يجب بقتله الدية أم لا..؟

على روايتين:

نقل ابن إبراهيم عنه في رجل أسلم وكتم إيمانه ففيه دية وكفارة قيل له فإن كان من أهل العهد فقتله رجل خطأ قال: دية مسلمة إلى أهله وعتق رقبة فظاهر هذا أنه أوجب الدية.

ونقل المروذي وأبو طالب: إذا أصاب مسلماً في دار الحرب وهو لا يعرفه كان عليه الرقبة ولا دية عليه وذكر الآية فظاهر هذا أنه لا دية في ذلك ولا فرق بين أن يكون من أهل الدار كان هو أسلم فيها ولم يخرج منها إلينا أو خرج ولكن عاد بتجارة أو سبب أو لم يكن من أهل الدار ولكن كان متنقلاً إليها بتجارة أو بسبب آخر وسواء كان أسيراً أو مطلقاً واقفاً في الصف أو غير واقف، فالحكم في جميع ذلك واحد وفيه الروايتان فإن قلنا فيه الدية فوجهه عموم قوله تعالى: «ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله[1].

وهذا عام ولأنه مسلم قتل خطأ فكان فيه الدية كما لو كان في دار الإسلام- أو نقول: إنها إحدى الدارين أشبه دار الإسلام وإذا قلنا: لا دية وهي اختيار الخرقي- وهو أصح- فوجهه قوله تعالى: «فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة»[2].

فأوجب في المقتول في دار الحرب تحرير رقبة. فالظاهر أن جميع الموجب بقتله تلك الرقبة يبين صحة هذا أن الله تعالى غاير بين المسلم يقتل في دار الإسلام وبين المسلم يقتل في دار الحرب فلو كان الحكم سواء لما كان تغاير بينهما ولأن الرمي إلى دار الحرب مباح من غير اتقاء ولهذا المعنى يجوز بيات العدو

---

(١) سورة النساء (٩٢)

(٢) سورة النساء (٩٢)

ورميهم بالمنجنيق وإذا كانت الرمية مباحة من غير اتقاء لم تكن مضمونة كرمي المرتد والحربي ويفارق هذا الرمي في دار الإسلام لأنه مباح بشرط الاتقاء فلهذا كان مضموناً ولأنه لو وجبت عليه الدية بقتل المسلم أدى ذلك إلى ترك الرمي جملة وتعطيل الجهاد.

تعدد الكفارة بتعدد القاتلين:

٥٤- **مسألة**: إذا اشترك الجماعة في القتل هل يلزم كل واحد منهم كفارة أم تجب كفارة واحدة بينهم...؟ على روايتين:

نقل مهنا على كل واحد كفارة وهو اختيار الخرقي وأبي بكر لأن كفارة القتل لا تتبعض فهي كالقتل وقد ثبت أن الجماعة إذا اشتركوا في القتل استوفى من كل واحد قصاص كامل كذلك الكفارة ومعنى وقولنا: لا يتبعض أنه لا يجب بعض كفارة لأنه متى لم يجد إلا نصف رقبة لم يلزمه اخراجها.

ونقل حنبل والميموني: عليهم كفارة لأنه مال يجب بالقتل فإذا اشترك الجماعة فيه وجب على جماعتهم شيء واحد دليله الدية ولأنها كفارة تتعلق بالقتل فإذا اشترك الجماعة فيها فتسقط عليهم دليله جزاء الصيد.

الكفارة بقتل العمد:

٥- **مسألة**: قتل العمد هل تجب به الكفارة..؟

نقل صالح عنه فيمن قتل عمداً هل عليه الكفارة فقال: يروى عن ابن عباس: ليس له كفارة ولا توبة. فظاهر هذا أنه لا كفارة فيه.

ونقل ابن منصور عنه في المرأة إذا تعمدت إسقاط ولدها: فيه الكفارة.

وجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر وشيخنا أنه فعل يوجب القتل فلم تجب به الكفارة دليله الزاني المحصن ولا يلزم عليه إذا زنى في شهر رمضان وهو محصن لأن الموجب للكفارة هتك حرمة الشهر بدون الفعل الموجب للقتل ولأن الكفارة حق مال فوجب أن لا تجب مع القود كالدية.

ووجه الثانية: وهو اختيار الخرقي ما روى عن عمر أنه قال: يا رسول الله

إني وأدت في الجاهلية، فقال: «أعتق عن كل موءودة رقبة»[1]، وهذا قتل عمد، ولأنه أتلف نفساً مضمونة فوجب أن تلزمه الكفارة قياساً على الخطأ ولأنه دخل في قتله خطأ وجبت فيه كفارة فإذا قتله عمداً وجبت به كفارة قياساً على قتل الصيد.

الإطعام في كفارة القتل:

٥٦- مسألة: هل للإطعام مدخل في كفارة القتل..؟

قال الشيخ أبو عبد الله: فيها روايتان: إحداهما: له مدخل وقد أومأ إليه في رواية الميموني وقد سأله: هل يطعم في كفارة اليمين والظهار وقتل النفس خطأ ووطء أهله في رمضان غير أهل الإسلام...؟

فقال: لا يطعم في هذه غير أهل الإسلام ولا في شيء من الواجبات. فظاهر هذا أن كفارة القتل فيها اطعام، وظاهر كلام الخرقي أنه لا إطعام في ذلك لأنه ذكر العتق والصيام ولم يذكر الاطعام وهو اختيار شيخنا.

وجه من قال فيها إطعام أنه صوم مقدر بشهرين فوجب أن يكون بد له الإطعام، كصوم الظهار، والجماع.

ووجه من قال: لا إطعام قوله تعالى: «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله»[2] فأوجب الرقبة ونقل إلى الصيام عند العجز ولم يذكر شيئاً آخر فثبت أن جميع ما يجب هذان ولأنها كفارة تجب لأجل إتلاف نفس فوجب أن يكون آخره الصيام دليله قتل الصيد ولا يلزم عليه كفارة الظهار والوطء لأنه ليس بإتلاف.

شهادة النساء على إثبات القتل الموجب للمال:

٥٧- مسألة: في الجناية إذا كانت موجبة للمال كعمد الخطأ والمأمومة والجائفة، وقتل الصبي، والمعتوه، وقتل المسلم الكافر، وقتل الحر العبد،

---

(١) لم أجده.

(٢) سورة النساء (٩٢).

والوالد للولد، وقتل الخطأ المحض، هل يثبت هذه بشهادة رجل وامرأتين..؟

اختلف اصحابنا فقال الخرقي:يثبت وقال أبو بكر:لا يثبت إلا برجلين.

وجه ما نقله الخرقي- وهو أصح الوجهين- انها شهادة على مال أشبه سائر الأموال.

ووجه قول أبي بكر:أنه إثبات قتل وخرج بشهادته النساء فلم يصح كالعمد المحض.

اختلاف الجاني وولي الدم في حياة المجني عليه حال الجناية:

٥٨- **مسألة:** إذا ضرب رجلاً ملفوفاً في كساء فقده نصفين ثم اختلف الجاني وولى المجني عليه فقال الجاني كان ميتاً حال ما ضربته وقال الولي:كان حياً فقتله.

فقال أبو بكر في كتاب الخلاف:القول قول المجني عليه لأن الحياة متحققة والجاني يدعي ما هو مشكوك وهو زوال الحياة والشك إذا طرأ على اليقين قدم عليه كما تقول فيمن تطهر ثم شك هل أحدث أم لا...؟ فإنه يبنى على طهارته ويقينه كذلك هاهنا.

ومن أصحابنا من قال القول قول الجاني لأن أحمد- رحمه الله- قال:لا يجزىء عتق الآبق في كفارة فلم تعتبر أصل الحياة لأن ما يدعى الجاني ممكن وما يدعى الولي أيضاً ممكن فإذا أمكن قول كل واحد منهما فالأصل براءة ذمة الجاني كرجل جنى عليه رجل ومضت عليه مدة يمكن أن يكون قد اندمل ثم مات، فإن القول قول الجاني، وإن كان لم يدع كل واحد منهما ممكناً لأن الأصل براءة ذمته وكذلك هاهنا.

الحدود

وتشمل الموضوعات التالية:

الأول : أثر التوبة في إسقاط الحد .
الثاني : حد الردة .
الثالث : حد الزنا.
الرابع : حد القذف .
الخامس : حد السرقة .
السادس : حد قطاع الطريق .
السابع : حد الشرب .
الثامن : التعزير .
التاسع : جنايات البهائم ونحوها .

الحـــدود

توبة الساحر:

١- مسألة: في الساحر هل تقبل توبته أم لا ؟

نقل حنبل: أنه كالمرتد يستتاب، ونقل يعقوب بن بختان عنه: الزنديق والساحر كيف تقبل توبتهما ؟

قال أبو بكر: فالمسألة على روايتين: احداهما: لا يستتاب لما روى ابن عباس عن النبي - ﷺ - قال: «حد الساحر ضربة بالسيف»[1].

وروي أنه قال: «اقتلوا الساحر والساحرة»[2] ولم يفرق بين التوبة قبلها وبعدها ولأنه ساع في الأرض بالفساد ويد الإمام ثابتة عليه فهو كقطاع الطريق إذا قدر عليهم الإمام ثم تابوا أن التوبة لا تسقط عنهم القتل.

---

(١) سنن الترمذي أبواب الحدود باب ما جاء في حد الساحر ١٠/٣ حديث ١٤٨٥ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب القسامة باب تكفير الساحر وقتله إذا كان ما يسحر به كلام كفر صريح ١٣٦/٨٠ عن جندب. ومستدرك الحاكم- كتاب الحدود- ٣٦٠/٤ عن جندب ومصنف عبد الرزاق كتاب اللقطة- باب قتل الساحر ١٨٤/١٠ حديث ١٨٧٥٢ عن الحسن.

(٢) لم أجده مرفوعا إلى النبي - ﷺ - وقد ورد موقوفا على عمر بن الخطاب رضي الله عنه بلفظ «اقتلوا كل ساحر» مصنف عبد الرزاق، الباب السابق ١٧٨/١٠ حديث ١٨٧٤٦ وسنن أبي داود كتاب الخراج والإمارة باب في أخذ الجزية من المجوس ٤٣١/٣ حديث ٣٠٤٣ وبلفظ «اقتلوا كل ساحر وساحرة» السنن الكبرى للبيهقي كتاب القسامة باب تكفير الساحر وقتله إذا كان ما يسحر به كلام كفر صريح ١٣٦/٨.
ومسند الإمام أحمد ١٩٠/١.

والثانية: يستتاب- وهو اختيار الخلال- لعموم قوله تعالى: «ألم تعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده»[1]. وقوله:«ثم إن ربك للذين عملواالسوء بجهالة ثم تابوا من بعد ذلك واصلحوا»[2]. ولأن قتله هاهنا واجب بحق الله- عز وجل- فإذا تاب جاز أن يقبل توبته دليله المرتد.

قال أبو بكر ولأن في توبته منفعة للمسلمين لأنه بعد التوبة هو عالم بالسحر يمكنه بحله فكان في ذلك منفعة.

سقوط حد الزنا بالتوبة:

٢- مسألة: حد الزنا هل يسقط بالتوبة وكذلك حد السرقة وشرب الخمر أم لا ؟

فالمنصوص عنه في رواية أبي الحارث:في السارق إذا تاب قبل القدرة عليه سقط القطع قال أبو بكر:وكذلك الزاني إذا تاب قبل القدرة عليه سقط الحد.

قال شيخنا أبو عبد الله: فيه رواية أخرى:لا يسقط الحد لأن أحمد- رحمه الله- قال في رواية ابن منصور فيمن سرق وزنى ثم ارتد ثم تاب:قال سفيان: أهدر الإسلام ما كان قبله، قال أحمد:يقام عليه الحد ولا يسقط الردة ذلك.

وجه من قال:يسقط- وهو أصح- أنه حد وجب على غير وجه السعي في الأرض بالفساد، وهو حق لله- عز وجل- فسقط بالتوبة كالردة وفيه احتراز من الساحر والقاطع إذا قدر عليه.

ولأنه قتل هو حق لله- عز وجل- فسقط بالتوبة كالمرتد وقاطع الطريق قبل القدرة عليه ولا يلزم عليه حد القذف، لأنه حق لآدمي ولا يلزم عليه الساحر على إحدى الروايتين.

ووجه الثانية: أنه حد وجب على غير وجه المحاربة وتبديل الدين فالتوبة لا تسقطه دليله حد القذف.

---

(١) سورة التوبة (١٠٤).

(٢) سورة النحل (١١٩).

توبة الزنديق:

٣- مسألة: في الزنديق هل تصح توبته أم لا ؟

نقل أبو الحارث والميموني وابن منصور: الزنديق إذا ظهر عليه فأقر بالزندقة يقتل ولا يستتاب والمرتد يستتاب.

ونقل أبو طالب وعبد الله وابن إبراهيم عن أحمد: الزنديق يستتاب ثلاثاً فإن تاب وإلا ضربت عنقه.

وجه الأولى: ان من عادة الزنديق أن يظهر الإسلام ويستبطن الكفر ويدعو إليه في السر ويسعى في الأرض فساداً فإذا كان هذا معلوماً من حاله لم يقبل قوله: إنه تاب وليس هو كالمرتد إذا تاب لأنا لا نعلم أنه يبطن الكفر فيحمل أمره على الصحة ويقبل قوله.

ووجه الثانية: وهي اختيار أبي بكر الخلال- رحمه الله- أن المنافقين كانوا على عهد رسول الله- ﷺ- يظهرون الإسلام ويسرون الكفر قال الله تعالى: « وإذا خلوا إلى شياطينهم قالوا أنا معكم »[١]. وقال: « يحلفون بالله انهم لمنكم وما هم منكم »[٢]. وقال: « يحلفون بالله ما قالوا ولقد قالوا كلمة الكفر »[٣].

وقال تعالى: إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله والله يعلم إنك لرسوله والله يشهد ان المنافقين لكاذبون »[٤].

ومع هذا فالنبي- ﷺ- لم يكن يقتلهم كذلك الزنديق إذا أظهر الإسلام، يجب أن لا يقتل.

الباغي إذا لم يكن له منعة:

٤- مسألة: في الباغي إذا لم يكن له فئة ممتنعة فهل يجري عليه أحكام البغاة؟

---

(١) سورة البقرة (١٤).

(٢) سورة التوبة (٥٦).

(٣) سورة التوبة (٧٤).

(٤) سورة المنافقون (١).

قال أبو بكر في كتاب الخلاف: لا فرق بين من كثر عدده أو قل لأن الإمام العادل لو قلت أوامره وجموعه لم يكن مسقطاً لإمامته كذلك أهل البغي لا فرق بين أن يقل جماعتهم أو يكثروا إذا نصبوا راية أو أظهروا دعوة الإمام... وعندي أنه متى لم يجتمعوا بحيث يحصل لهم شوكة وعسكر ومنعة فلا حكم له، وإنما حكمه كحكم سائر (الجناة) إن قتل قُتل قودا وإن أتلف المال ألزم بدلاً، وذلك لأن ابن ملجم لعنه الله قتل علياً - رضي الله عنه - [1] فقتل ابن ملجم قوداً لأنه تأول تأويلاً غير سائغ، ولم يسقط عنه التبعة بل أمر بقتله قوداً وأنه أقيد به لأنه لم يكن في منعه وإنما كان وحده وأجاب أبو بكر عن هذا بأن ابن ملجم لم ينضم إلى إمام منصوب، ودعوة قائمة وإنما كان محله محل اللصوص وقطاع الطريق.

ضمان ما يتلفه أهل البغي على أهل العدل:

٥- مسألة: إذا أتلف أهل البغي مالا على أهل العدل أو قتلوا منهم في حال الالتحام هل هو مضمون عليهم أم لا؟

فنقل الأثرم، وأحمد بن أبي عبده، أنه أخذ بحديث الزهري: أنه لا يقاد ولا يؤخذ ما أتلف على تأويل القرآن إلا ما وجد بعينه[2]. فظاهر هذا أنه ما لم يؤخذ بعينه فلا ضمان عليه من نفس ولا مال.

ونقل ابن منصور في الحرورية: إذا قاتلوا وأخذوا فقال: كلما أصابوا من شيء فهو عليهم. فظاهر هذا أنه ضمنهم ما أصابوه في حال قتالهم.

وجه الأولى: - وهي أصح - ما روى هشام بن عبد الملك أنه كتب إلى الزهري يسأله عن امرأة من أهل العدل هربت إلى أهل البغي وكفرت زوجها وتزوجت فيهم ثم تابت ورجعت هل عليها الحد أم لا؟

فكتب إليه الزهري فقال: كانت الفتنة العظمى وفي بعض الأحاديث:

---

(١) الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٥/٣ و٣٧.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي كتاب قتال أهل البغى /باب من قال لا تباعة في الجراح والدماء وما فات من الأموال في قتال أهل البغى ١٧٤/٨ و١٧٥.

كانت الفتنة الأولى بين الناس، وفيهم البدريون، وفي بعضها أنه قال: فلقيت جماعة منهم فاجتمعوا على أن لاحد على من ارتكب فرجاً محرماً بتأويل القرآن وأن لا يقتل من سفك دماً محرماً بتأويل القرآن وان لا يغرم ما لا أتلف بتأويل القرآن[١].

وقول الزهري: كانت الفتنة العظمى ليس بمرسل، لأنه تابعي لقي عشرة من الصحابة ونقل عنهم وروى عنه أنه قال: فلقيت جماعة منهم، فهذا إجماع منهم مقطوع به ولأنه إتلاف على وجه التدين من جماعة ممتنعة فلم يتعلق بها ضمان وشهادتهم تقبل وإذا أخذوا الزكاة أو الجزية أجزأ ذلك ثم لا يجب على أهل العدل الضمان بإتلاف أموال البغاة كذلك لا يجب على البغاة الضمان بإتلاف مال أهل العدل.

ووجه الثانية: كل مسلم قتل مسلماً بغير حق لزمه الضمان كغير الباغي وكل طائفتين من المسلمين اقتتلتا: احداهما محقه، والأخرى مبطلة لزم الضمان المبطلة كقطاع الطريق وإذا قاتلوا أهل الرفقة وأتلفوا عليهم مالاً وقتلوا منهم وكذلك الحكم في المرتدين إذا كانوا في منعة فأتلفوا مالا هل يضمنون مالا أم لا؟ على روايتين:

احداهما: لا يضمنون أومأ إليه في رواية مهنا في مرتد لحق بدار الحرب فقتل بها رجلاً مسلماً ثم رجع، وقد أسلم فأخذه وليه ما يكون عليه في ذلك فقال: قد زال عنه الحكم: إنما قتله وهو مشرك وكذلك إن سرق، وهو مشرك فقيل يذهب دم هذا الرجل قال: لا أقول في هذا شيئاً فظاهر هذا أن لم يضمنه لأنها فئة متنعة أتلفت مالا على وجه التدين فلم يلزمهم الضمان كأهل الحرب.

والثانية: عليهم الضمان، وهو اختيار أبي بكر لأنه ملتزم حكم الإسلام أتلف مال من له حرمة بغير حق فلزمهم الضمان كقطاع الطريق، وقد أومأ أحمد في رواية مهنا في مرتد قطع الطريق ولحق بدار الحرب، فأخذه المسلمون:

---

(١) الأثر المذكور قبل هذا.

يقام عليه الحدود، ويقتص منه، وكذلك نقل ابن منصور في المرتد يدخل دار الحرب فيقتل ويزنى، ويسرق، فقال: أما أنا فلا يعجبني أن لا يقام عليه ما أصاب.

انتقاض أمان أهل الذمة بمساعدة أهل البغي:

٦- **مسألة**: إذا استعان أهل البغي بأهل الذمة، فقاتلوا معهم لأهل العدل، ولم يكونوا مكرهين ولا أتوا بشبهة تكون عذراً لهم في ذلك مثل أن قالوا: ما عرفنا أنهم يستعينون بنا على مقاتلة المسلمين، أو قالوا: كنا نعتقد أنها من المسلمين، تجوز متابعتهم فهل ينقض أمانهم أم لا ؟

ذكر أبو بكر عبد العزيز، في كتاب الخلاف، ما يدل على وجهين، أحدهما: ينتقض أمانهم لأنهم لو انفردوا بمقاتلة المسلمين انتقض عهدهم، كذلك إذا قاتلوا مع أهل البغي وجب أن ينتقض عهدهم.

والثاني: لا ينتقض لأن أهل الذمة وان قاتلوا فإنما قاتلوا تبعاً للمسلمين والحكم للمتبوع لا للتبع فلهذا حكمنا بذلك.

الدفاع عن مال الغير على وجه يؤول إلى القتل:

٧- **مسألة**: إذا اعترض إنسان لرجل من المسلمين يطلب ماله، فهل لغيره معاونته في قتال ذلك الطالب، ودفعه عنه، على وجه يغلب على ظنه أنه يؤول إلى قتل الطالب أم لا ؟

فقد توقف عن الجواب في رواية حرب، ومحمد بن يحيى الكحال فقال: لو كان ماله لم يكن في قلبي منه شيء وأما غيره فلا أدري وقد صرح بالمنع في رواية أحمد بن الحسن الترمذي، والمروذي، فقال: لا يقاتل بالسيف إلا عن ماله لم يبح لك قتله عن مال غيرك، أما توقفه فيحتمل أن يقتضي الجواز لما روى عن النبي- ﷺ- أنه قال: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»[١]،

(١) صحيح البخاري- كتاب المظالم- باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما ٢/٦٦.
وسنن الدرامي- كتاب الرقائق- باب انصر أخاك ظالما أو مظلوما ٢/٣١١.
ومسند الإمام أحمد، ٣/٩٩ و٢٠١ و٣٢٤.

ولأنه دافع عن غيره جوراً فصار كما لو دفع عن نفسه ولأنه لما جاز له أن يدفع عن مال نفسه كما يدفع عن نفسه كذلك في حق الغير لما جاز أن يدفع عن نفس غيره جاز أن يدفع عن ماله أيضاً. ويحتمل أن يقضي توقفه المنع وقد صرح به في رواية المروذي وغيره والوجه فيه ما روى عن النبي - ﷺ - قال: «لا يحل دم أمرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنا بعد إحصان، أو قتل نفس بغير نفس»[1]. ولأنه لو أتلف مال غيره لم يبح ذلك قتله في مقابلتها كذلك إذا هم بأخذه وإتلافه لم يبح ذلك قتله ويفارق هذا النفس لأنه لو أتلف نفس غيره أبيح قتله في مقابلتها وكذلك إذا هم بإتلافها أبيح قتله ولا يلزم على هذا مال نفسه إذا طلبه غيره أنه مباح للمالك أن يقاتل عنه، وإن لم يكن إتلاف ماله موجباً لقتل المتلف، لأن القياس يقتضي المنع أيضاً لكن تركنا القياس، كما روى عن النبي - ﷺ - أنه قال: «من قتل دون ماله فهو شهيد»[2] فأباح القتال دون ماله، فتركنا القياس لذلك ولم يرد في مال الغير

---

(١) صحيح البخاري كتاب الديات- باب قوله «النفس بالنفس» ١٨٧/٤ وصحيح مسلم- كتاب القسامة- باب ما يباح به دم المسلم ١٣٠٢/٣ حديث ١٦٧٦.
وسنن أبي داود- كتاب الحدود- باب الحكم فيمن ارتد ٥٢٢/٤ حديث ٤٣٥٢ و٤٣٥٣.
وباب الحكم فيمن سب النبي- ﷺ- ٥٣٠/٤/٤٣٦٣ وسنن الترمذي أبواب الديات باب ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث ٤٣٩/٢ حديث ١٤٢٣، وسنن النسائي كتاب تحريم الدم باب ما يحل به دم المسلم ٩٠/٧.
وسنن ابن ماجه كتاب الحدود باب لا يحل دم امرئ مسلم الا في ثلاث ٨٤٧/٢ حديث ٢٥٣٤ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب السرقة باب قطاع الطريق ٢٨٣/٨.
وسنن الدارمي كتاب الحدود باب ما يحل به دم المسلم ١٧١/٢.
وسنن الدارقطني كتاب الحدود ٨١/٣ و٨٢.
ومجمع الزوائد للهيثمي- كتاب الحدود ٨١/٣ و٨٢.
ومجمع الزوائد للهيثمي- كتاب الحدود- باب لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث ٢٥٢/٦.
ومصنف عبد الرزاق كتاب اللقطة باب في الكفر بعد الايمان ١٦٧/١٠ حديث ١٨٧٠٢.
(٢) سنن ابن ماجه كتاب الحدود باب من قتل دون ماله فهو شهيد ٨٦١/٢ حديث ٢٥٨٠ و٢٥٨١ و٢٥٨٢.

خبر، فترك له القياس، ولأن القتال عن مال نفسه، هو لمعنى في نفسه، والقتال عن مال غيره هو لمعنى في غيره، وفرق بينهما ألا ترى أنها لو افطرت لمرض قضت، ولا فدية عليها، ولو أفطرت الحامل والمرضع (خوفاً على ولديهما)، كان عليهما القضاء والكفارة لأن فطرها لمرض لمعنى في نفسها، فكانت معذورة فخفف عنها وفطرها لأجل الولد لمعنى في غيرها، فغلظ عليها فوجبت الفدية.

استرقاق أولاد المرتد الذين يولدون حال ردته:

٨- **مسألة:** هل يسترق ولد المرتد الذي ولد في حال الردة أم لا ؟

نقل الفضل بن زياد، في رجل ارتد في أرض الشرك وتزوج فيهم، وولد له، ما يصنع بولده قال: يردون إلى الإسلام إلا أنهم يكونون عبيداً للمسلمين، وهذا يدل على استرقاقهم لأنه قال: هم عبيد للمسلمين وهو اختيار أبي بكر ذكره في كتاب الخلاف.

قال شيخنا أبو عبد الله: في استرقاقهم روايتان ،وأختار أنه لا يجوز استرقاقهم لأنهم يتبعون الأب في الدين والإسلام، وقد كان ثبت لأبيهم حرمة الإسلام فمنع ذلك من استرقاقهم فيجب أن يمنع تلك الحرمة من استرقاقهم، والدلالة على أنه يجوز استرقاقهم، وهو المذهب، أنه ولد من بين كافرين، فأشبه إذا ولد من بين كافرين أصليين ولأن الحرمة ثبتت للأب وتلك الحرمة منعت من استرقاقه في نفسه، ولم يثبت للأولاد فلم يمنع من استرقاقهم.

فإذا قلنا: يسترقون، فقال أبو بكر: لا يقرون ببذل الجزية ويجبرون على الإسلام، وهو ظاهر كلام أحمد- رحمه الله- يردون إلى الإسلام لأنهم عبيد

= وسنن النسائي- كتاب تحريم الدم- من قتل دون أهله فهو شهيد وباب من قتل دون دينه فهو شهيد ١١٦/٧.

ومسند أحمد ١٩٠/١ .

ومجمع الزوائد للهيثمي- كتاب الديات- باب من قتل دون حقه وأهله ٢٤٥/٦.

والسنن الكبرى للبيهقي كتاب قتال أهل البغى باب من أريد ماله أو دمه أو دينه فقاتل فقتل فهو شهيد ١٨٧/٨.

وكتاب الأشربة باب ما جاء في منع الرجل نفسه ٣٣٥/٥ .

للمسلمين وعندي أنه يجب أن ينظر فيما يختارون من الأديان، فإن كانوا يختارون دين أهل الكتاب أقروا على دينهم، وجاز استرقاقهم وإن كان ديناً لا يقرون عليه كعبدة الأوثان لم يجز استرقاقهم، وقد نص علي أن استرقاق عبدة الأوثان لا يجوز.

الحكم بإسلام الكافر الأصلي إذا شهد أن محمداً رسول الله:

٩- **مسألة**: الكافر الأصلي إذا شهد أن محمداً رسول الله ولم يلفظ بالشهادة بالله، هل يحكم بإسلامه أم لا ؟

نقل مهنا عنه فيمن قال أشهد أن محمداً رسول الله: فقد دخل في الإسلام قيل له: يهودي أو نصراني أو مجوسي قال أشهد أن محمداً رسول الله وقال: لم أرد الإسلام يجبر على الإسلام. فظاهر هذا أنه يحكم بإسلامه في جميع أهل الأديان.

ونقل صالح في اليهودي، والنصراني، إذا قال: أشهد أن محمداً رسول الله ثم قال: لم أرد الإسلام هل يجبر ؟

فقال: أما اليهودي فيجبر لأنه يوحد وأما النصراني والمجوسي فلا، لأنهم لا يوحدون فظاهر هذا أنه فرق بين أهل الأديان فجعل ذلك إسلاماً في حكم اليهودي، ولم يجعله إسلاماً في حق النصراني، والمجوسي.

وجه الأولى: أنه إذا شهد بالنبي- ﷺ- فقد اعترف بالتوحيد، لأنه قد حصل مصدقاً بما جاء به النبي- ﷺ- والذي جاء به نفى الولد والتوحيد.

ووجه الثانية: ان شهادتهم بالنبي ليس بصريح في إسلامهم لجواز أن يعتقد أن المرسل له الابن أو روح القدس، قال أبو بكر: لأن التوحيد لا يصح من النسطور، والروم، ويصح من اليعاقبة لأنهم لا يقولون: عيسى هو الله، تعالى الله علواً كبيراً.

والوجه الصحيح في ذلك: ان شهادته بالله تعالى قبل الشهادة بالنبي- ﷺ- لا حكم لها، لأنه إنما يصح وشهادتهم بالله إذا كان مصدقاً لرسوله ممتثلا لأمره وهذا المعنى لا يصح منه في تلك الحال.

الإتيان بالشهادتين دون قصد الإسلام:

١٠ - مسألة: إذا أتى بالشهادتين وقال لم أعتقد الإسلام هل يقبل قوله؟

فنقل الجماعة: أبو داود، ومهنا، وحرب: لا يقبل منه، ومتى رجع ضربت عنقه.

قال أبو بكر: وقد روي عنه إذا قال: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله - ﷺ - وهو يريد الإسلام فهو مسلم، وإذا قال وهو لا يريد الإسلام لم أجبره على الإسلام، روى ذلك عنه فوران، ومحمد بن الحكم، والمشكاتي قال: والعمل على ما رواه الجماعة: أنه لا يقبل منه لأن المكلف إذا أتى باللفظ الذي يتعلق به الحكم، فالظاهر أنه يصده وأعتقده، وقوله بعد ذلك: لم أقصده، لم يصدق لأنه خالف الظاهر ألا ترى أنه لو أقر وقال: كذبت في اقراري أو سهوت لم يقبل منه وكذلك لو تلفظ بالطلاق الصريح، وقال: لم أقصد الطلاق لم يقبل منه.

ووجه الثانية: وهي اختيار أبي بكر هو أن في قبول قوله احتياطا للدم، والدماء يحتاط لها في الموضع المحتمل والشبهة وهاهنا شبهة لأنه يحتمل صدقه في ذلك ويمكن أن يحتمل ما نقله فوران، والمشكاتي على وجه وهو أن يكون أتى بالشهادتين على وجه يشهد له الظاهر، أنه لم يقصد به الإسلام مثل أن يأتي بألفاظ الآذان على وجه الحكاية، والاخبار عن صفته لا على وجه التأذين، أو يذكر أن فيها توحيداً على وجه الحكاية، كما يقول في باب الطلاق إذا أتى بصريحه على وجه الحكاية لم يقع.

قبول توبة المرتد إذا تكررت ردته:

١١ - مسألة: إذا تكررت توبته وردته هل تصح توبته ؟

نقل ابن منصور: تصح.

ونقل الميموني، والمشكاتي: لا تصح وهو اختيار أبي بكر، لأنه متى تكررت ردته فالظاهر أنه زنديق، فلا تقبل توبته. وإذا قلنا تقبل - وهو

أصح- فوجهه ما روى عن النبي- ﷺ- أنه قال: إن الله تعالى لا يرد توبة التائبين أبداً وان ترادف منهم الكفر والكبائر(١).

ولأنا قبلنا توبته أولاً لأجل أنه قد تعرض له شبهة، وهذا المعنى موجود هاهنا في الدفعة الخامسة.

الجمع بين الجلد والرجم للزاني المحصن:

١٢- مسألة: هل يجتمع الجلد والرجم في حق الزاني المحصن ؟

على روايتين: نقل الأثرم وأبو النضر وابن منصور وصالح: يرجم ولا جلد.

ونقل عبد الله واسحق بن إبراهيم: يجلد ويرجم.

ووجه الأولى: وهي اختيار شيخنا أبي عبد الله ما روى أبو هريرة وعبد الله بن عباس وجابر بن سمرة، وجابر بن زيد الأنصاري: أن النبي- ﷺ- رجم ماعزاً ولم يجلده(٢). فلو كان الجلد واجباً لكان يوجبه.

---

(١) بحثت عنه فلم أجده.

(٢) صحيح البخاري- كتاب المحاربين- باب رجم المحصن- وباب لا يرجم المجنون، وباب الرجم بالمصلى، وباب، هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت، وباب سؤال الإمام للمقر هل احصنت، ١٧٦/٤ و١٧٧ و١٧٨.

وصحيح مسلم- كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنا ١٣١٩/٣ و١٣٢١ حديث ١٦٩٢ و١٦٩٥.

وموطأ مالك كتاب الحدود باب ما جاء في الرجم ٨٢٠/٢ حديث ٢.

وسنن أبي داود كتاب الحدود باب رجم ماعز بن مالك ٥٧٣/٤ و٥٧٦ حديث ٤٤١٩ و٤٤٢٠.

وسنن ابن ماجه كتاب الحدود باب الرجم ٨٥٤/٢ حديث ٢٥٥٤ وسنن الترمذي باب ما جاء في التلقين في الحد ٤٤٠/٢ حديث ١٤٥٢.

وباب ما جاء في درع الحد عن المعترف إذا رجع ٤٤٠/٢.

حديث ١٤٥٣ و١٤٥٤.

والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب الحدود- باب ما يستدل به على أن جلد المائة ثابت على البكر ٢١٢/٨.

وسنن الدارمي كتاب الحدود باب الاعتراف بالزنا ١٧٦/٢.

وسنن الدارقطني كتاب الحدود ٩٢/٣.

وروي ابن مسعود عبيد الله بن عبد الله بن مسعود أن زيداً بن خالد الجهمي[1] وأبا هريرة أخبره أن رجلين اختصما إلى رسول الله - ﷺ - فقال أحدهما: اقض بيننا يا رسول الله بكتاب الله - فقال الآخر وهو أفقه منه: اقض بيننا يا رسول الله بكتاب الله وائذن لي. فقال له تكلم فقال له يا رسول الله ان ابني كان عسيفاً على هذا، وقد زنا بامرأته وقالوا: إن على ابني الرجم ففديته بمائة شاة وجارية لي، ولقد اخبرني رجال من أهل العلم أنما على ابني الجلد وانما الرجم على امرأة هذا. فقال النبي - ﷺ -: والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله أما شاتك وخادمك فهو رد عليك وعلى ابنك جلد مائة وغربة عام. ثم قال لأنيس الأسلمي: اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها. فذهب فاعترفت فرجمها[2]. فلو كان الجلد واجباً عليها لقال له: اجلدها وارجمها ولأنه سبب يجب به القتل فلم يجب معه الجلد أصله قتل المرتد.

ووجه الثانية: وهي اختيار ابي بكر - قوله تعالى: «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة»[3] فأوجب على الزانية والزاني جلد مائة ولم يفرق بين البكر والثيب فروى عبادة بن الصامت: أن النبي - ﷺ - قال «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة جلدة وتغريب عام».

«والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[4] وروى أن علي بن أبي طالب -

---

(١) هكذا في المخطوطة ولعل الصواب «الجهني».

(٢) صحيح البخاري كتاب الحدود - باب الإعتراف بالزنا ١٧٨/٤ وصحيح مسلم كتاب الحدود - باب من اعترف على نفسه بالزنا ١٣٢٤/٣ حديث /١٦٩٧ وسنن أبي داود كتاب الحدود باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها من جهينة ٥٩١/٤ حديث ٤٤٤٥.
وموطأ مالك كتاب الحدود باب ما جاء في الرجم ٨٢٢/٢ حديث ٦ وسنن الترمذي أبواب الحدود باب ما جاء في الرجم على الثيب ٤٤٣/٢ حديث ١٤٥٨.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود باب ما يستدل به على أن جلد المائة ثابت على البكرين ٢١٢/٨.
وسنن الدارمي كتاب الحدود باب الإعتراف بالزنا ١٧٧/٢.

(٣) سورة النور (٢).

(٤) صحيح مسلم - كتاب الحدود - باب حد الزنا - ١٣١٦/٣ حديث ١٦٦٠.

رضي الله عنه- جلد شراحة الهمذانية يوم الخميس، ورجمها يوم الجمعة، فقيل له: جلدتها حدين فقال: جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله [1]، ولأنه زنا يوجب الجلد فأوجب عقوبتين دليله البكر يجب مع الجلد النفي وكذلك هاهنا يجب أن يجب مع الرجم معنى آخر وهو الجلد.

تغريب الزانية بلا محرم:

١٣- مسألة: إذا زنت المرأة البكر فإنها تنفى فإن تطوع محرمها وخرج معها فإنها تنفى إلى ما تقصر فيه الصلاة وإن لم يخرج معها محرمها ففيه روايتان: احداهما تنفى إلى موضع لا يقصر في مثله الصلاة، نص عليه في رواية المروذي فقال: إذا زنت ولم يكن لها محرم تنفى إلى مثل المدائن سفراً لا تقصر في مثله الصلاة. أومأ إليه في موضع آخر في مسائل المروذي فقال: تنفى من عمله إلى عمل غيره قيل له: بغير محرم قال: نعم. فقد اطلق القول بالنفي من غير محرم ولم يقدر المدة.

ونقل الأثرم عنه في المرأة تنفى بغير محرم فقال: نعم قيل له: قد قال النبي- ﷺ- : لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم [2] » وأما السفر ليس من هذا، هذا أمر

وسنن الدارمي- كتاب الحدود- باب الرجم ١٨١/٢.
وسنن أبي داود كتاب الحدود باب حد الرجم ٥٦٩/٤ حديث ٤٤١٥.
وسنن الترمذي كتاب الحدود- باب ما جاء في رجم الثيب ٤٤٥/٢ حديث ١٤٦١.
ومجمع الزوائد- كتاب الحدود- باب نزول الحدود وما كان قبل ذلك ٢٦٤/٦.
وسنن البيهقي كتاب الحدود- باب ما يستدل به على أن السبيل هو جلد الزانيين ورجم الثيب ٢١٠/٨.

(١) سنن الدارقطني- كتاب الحدود ١٢٣/٣.
ومسند أحمد بن حنبل ١٠٧/١ و١١٦ و١٤١ و١٥٣.
وسنن البيهقي- كتاب الحدود- باب من اعتبر حضور الإمام ٢٢٠/٨ ومستدرك الحاكم- كتاب الحدود- ٣٦٤/٤ و٣٦٥.
وأخرج البخاري منه قوله «رجمتها بسنة رسول الله» صحيح البخاري كتاب المحاربين باب رجم المحصن ١٧٦/٤.

(٢) صحيح البخاري- تقصير الصلاة- باب في كم يقصر الصلاة ١٩٢/١ وصحيح مسلم- كتاب الحج باب سفر المرأة مع محرم في حج أو غيره ٩٧٥/٢ حديث ١٣٣٨.
=

لزمها، ليس هذا بمنزلة السفر، يسافر بها وهم يقولون: إن امرأة وجب عليها حق والقاضي منهم على أيام رفعت إلى القاضي ولو أنها أصابت حدا في البادية جيء بها إلى المصر حتى يقام عليها الحد بغير محرم قالوا هذا برأيهم.

ونقل ابن القاسم عنه: لا تحج المرأة إلا مع ذي محرم فقيل له: فإن وجب عليها (الحد) وليس ثم حاكم، يخرج بها إلى الحاكم فقال ليس هذا يشبه الحج.

وجه الأولى: أنه سفر صحيح في دار الإسلام، فلم يجب بغير محرم دليله الحج والتجارة.

ووجه الثانية: انه نفي وجب لأجل الزنا، فاعتبر في مدته ما تقصر فيه الصلاة، دليله نفي الرجل، ولأنه سفر واجب لغير عبادة فلم يعتبر فيه المحرم دليله الهجرة.

حد اللوطي:

١٤ - مسألة: اختلفت الرواية في حد اللوطي. فنقل أبو طالب، وإسحق ابن إبراهيم: أنه يرجم محصناً كان أو غير محصن.

ونقل المروذي، وحنبل، وأبو الحارث، ويعقوب بن بختان: إن كان بكراً جلد وإن كان محصناً رجم.

وجه الأولى: حديث ابن عباس- رضي الله عنه- أن النبي- ﷺ- قال «اقتلوا الفاعل والمفعول به»(١) ولأنه إجماع الصحابة روى صفوان بن مسلمة

= وسنن أبي داود كتاب المناسك- باب في المرأة تحج بغير محرم ٣٤٦/٢ حديث ١٧٢٣ و١٣٢٤ و١٣٢٥ و١٣٢٦ و١٣٢٧.

وسنن الترمذي- ابواب الرضاع باب ما جاء في كراهية ان تسافر المرأة وحدها ٣١٧/٢ حديث ١١٧٩.

وسنن الدارمي في كتاب الإستئذان ان باب لا تسافر المرأة الا ومعها محرم ٢٨٨/٢ وموطأ مالك كتاب الاستئذان باب ما جاء في الوحدة ٩٧٩/٢.

(١) سنن أبي داود- كتاب الحدود- باب فيمن عمل عمل قوم لوط ٦٠٧/٤ حديث ٤٤٦٢.
وسنن ابن ماجة- كتاب الحدود- باب من عمل عمل قوم لوط ٨٥٦/٢ حديث ٢٥٦١.
وسنن الترمذي- أبواب الحدود- باب ما جاء في حد اللوطي ٨/٣ حديث ١٤٨١.
وسنن البيهقي كتاب الحدود باب ما جاء في حد اللوطي ٢٣٢/٨.
وسنن الدارقطني كتاب الحدود ١٢٤/٣.

عن[1] خالد بن الوليد أنه وجد في بعض ضواحي العرب رجلاً ينكح كما تنكح المرأة فكتب إلى أبي بكر الصديق في ذلك فاستشار أبو بكر الصحابة في ذلك فكان أشد الناس في ذلك على بن أبي طالب فقال:ان هذا ما عمله إلا أمة واحدة وقد رأيتم ما فعل الله بهم، وأرى أن يحرق.فكتب أبو بكر إلى خالد أن يحرقه[2] وأخذ بذلك عبد الله بن الزبير في خلافته[3]، ولأن اللواط أعظم من الزنا فإن الفرج يستباح بحال وهو عقد النكاح، ولهذا يقول في وطء ذوات المحارم أنه يقتل بكل حال.

ووجه الثانية: أن اسم الزنا يقع على ذلك، قال النبي - ﷺ -: إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان[4] وإذا وقع عليه اسم الزنا فقد قال الله تعالى: «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة»[5] ولأنه فرج يجب بالإيلاج فيه الحد فوجب أن يختلف حكم البكر والثيب فيه كفرج المرأة.

عقوبة إتيان البهيمة:

١٥- مسألة: في إتيان البهائم هل يوجب الحد ؟

نقل ابن منصور عنه:يدرأ عنه الحد ويعزر.

ونقل حنبل:حده كحد الزاني.

ووجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر والخرقي- أن الحد إنما يراد للزجر والردع والإنسان يرتدع وتعاف نفسه إتيان البهائم فلهذا لم يلزمه الحد.

ولأن الحد يجب بالإيلاج في فرج له حرمة كفرج الآدمي وهذا لا حرمة

---

(١) كذا في المخطوطة (مسلمة) بالميم في أوله وتاء التأنيث والصواب (سليم) كما في البيهقي ٢٣٢/٨.

(٢) سنن البيهقي كتاب الحدود- باب ما جاء في حدا اللوطي ٢٣٢/٨.

(٣) لم أجد أن ابن الزبير حرق اللوطي وأخرج البيهقي عنه أنه رجم المحصن وجلد البكر- والسنن الكبرى كتاب الحدود باب ما جاء في حد اللوطي ٢٣٣/٨.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود باب حد اللوطي ٢٣٣/٨.

(٥) سورة النور (٢).

له. ألا ترى أنه لو مسه إنسان لم ينتقض طهره ولو مس فرج آدمي انتقض طهره.

ووجه الثانية: أنه فرج يجب بالإيلاج فيه الغسل فجاز أن يحد بالإيلاج فيه كفرج المرأة.

عقوبةواطىء ذات الرحم:

١٦- مسألة: إذا وطىء ذات رحم منه مع العلم بالتحريم ففيه روايتان.

نقل حنبل وصالح وعبد الله وأبو طالب وابن منصور: حده القتل بكل حال.

ونقل الفضل بن زياد: حده حد الزاني.

قال أبو بكر: فيه روايتان: إحداهما يقتل بكراً كان أو ثيباً، والثانية: حكمه حكم الزاني.

وجه الأولى: وهي الصحيحة- وهي اختيار أبي بكر ما روى ابن عباس عن النبي- ﷺ- أنه قال: من أتى ذات رحم محرم فاقتلوه.(١)

وروى البراء بن عازب قال خرجت في طلب إبل لي قد ضلت فلقيت فرساناً ومعهم راية قد خلوا منزل رجل فأخرجوه وضربوا عنقه وقالوا هذا عرس بامرأة أبيه(٢). ولأن وطء ذات رحم محرم أعظم من الزنا لأنه لا يستبيحه.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الحدود- باب من وقع على ذات محرم ٢٣٧/٨ وسنن ابن ماجة- كتاب الحدود- باب من أتى ذات محرم ومن أتى بهيمة ٨٥٦/٢ حديث ٢٥٦٤.
وسنن الدارقطني- كتاب الحدود- ١٢٦/٣ حديث ١٤٢.
ومجمع الزوائد كتاب الحدود- باب من أتى ذات محرم ١٦٩/٦ عن عبدالله ابن مصرف وابن عباس بلفظ «من تخطى الحرمتين الاثنتين فخطوا وسطه بالسيف».

(٢) سنن أبي داود- كتاب الحدود- باب في الرجل يزني بحريمه ٦٠٢/٤ حديث ٤٤٥٦.
وسنن ابن ماجه- كتاب الحدود- باب من تزوج امرأة أبيه من بعده ٨٦٩/٢ حديث ٢٦٠٧ بنحو لفظ المؤلف.
وسنن الترمذي- كتاب الاحكام باب ما جاء فيمن تزوج بأمرأة أبيه ٤٠٧/٢ حديث ١٣٧٣.
=

قال: وقد نبه الله تعالى عليه فقال: «يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين»[1] لأن مأثمهم أعظم من مأثم غيرهم.

ووجه الثانية: أنه فرج من جنس ما يستباح بالوطء فإذا وجب الحد على الواطىء فيه وجب أن يكون حده حد الزاني دليله الأجانب شهادة بعضهم.

ثبوت حد القذف على شهود الزنا إذا لم يكمل النصاب أو ردت شهادة بعضهم:

١٧ - **مسألة:** إذا (لم) يكمل عدد الشهود مثل أن يشهد واحد أو اثنان أو ثلاثة بالزنا لم يجب الحد على المشهود عليه، وأما الشهود فهم قذفة وعليهم حد القذف رواية واحدة.

نص عليه في رواية الأثرم وغيره وان كمل عددهم لكن رد الحاكم شهادة الجميع أو بعضهم، إما لمعنى ظاهر مثل أن يكون فيهم عبد أو فاسق ظاهر الفسق أو كانوا عمياناً أو كان لمعنى خفي مثل أن اشتبه على الحاكم فسق واحد منهم ففيه روايتان: احداهما: لا حد عليه نص عليه في مواضه.

فنقل حنبل في أربعة عميان شهدوا على رجل بالزنا: لا يضربون قد جاءوا أربعة.

ونقل مهنا: إن كان أحدهما فاسقاً أو أعمى أو محدوداً لم أقم الحد عليهم قد احرزوا ظهورهم.

ونقل بكر بن محمد والأثرم: إذا كانوا غير عدول أو بعضهم غير عدل لم يضربوا.

= وسنن الترمذي- كتاب الأحكام باب ما جاء فيمن تزوج بأمرأة أبيه ٤٠٧/٢ حديث ١٣٧٣.

وسنن النسائي- كتاب النكاح- باب نكاح ما نكح الآباء ١٠٩/٦.

وسنن الدارقطني- كتاب الحدود- ١٩٦/٣، ومجمع الزوائد للهيثمي كتاب الحدود- باب من أتى ذات محرم ٢٦٩/٦. والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود- باب من وقع على ذات محرم له ٢٣٧/٨.

(١) سورة الأحزاب (٣٠)

والرواية الأخرى: عليهم الحد نص عليه في رواية ابن منصور في أربعة عميان شهدوا على امرأة بالزنا قال يضربون أومأ إليه أيضاً في رواية أبي النضر العجلي في المجنون إذا شهد عليه أربعة أنه زنى فإنهم قذفة، وقال أيضاً: إذا شهد الزوج معهم مع ثلاثة فإنهم يحدون.

ووجه هذه الرواية وهي أقيس انهم ادخلوا المعرة عليه بإضافة الزنا بسبب لم يسقط حصانته فوجب عليهم الحد كما لو نقص عددهم من أربعة يبين صحة هذا انه إنما وجب الحد عليهم لنقصان العدد كي لا يكون ذلك ذريعة إلى التعريض لأن كل من أراد أن يقذف إنساناً يجمع معه فيجىء إلى الحاكم فيشهد عليه بالزنا ولا يجب عليه الحد وهذا المعنى موجود مع كمال العدد.

ووجه الرواية الأولى: أن القياس يمنع من إيجاب الحد عليهم لأنهم أضافوا الزنا إليه بلفظ الشهادة فهو كما لو كانوا أربعة على صفة الشهود.

ولكن تركنا القياس في نقصان العدد لاجماع الصحابة وهو ما روي أن أبا بكرة ونافعاً وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا وامتنع زياد فحد عمر الثلاثة[1] وكان ذلك بمحضر من الصحابة وتوافر منهم فلم يظهر من أحد منهم نكير عليه ولا مخالفة فتركنا القياس في نقصان العدد للإجماع وبقي ما عداه على موجب القياس ولأن العدد موجود وقد جاؤا مجيء الشهود وهم من أهل الشهادة في الجملة فلم يجب عليهم الحد كما (لو كانوا مبصرين) وذلك أن العميان من أهل الشهادة عندنا في الأموال وكذلك العبيد والفساق من أهل الشهادة في الجملة.

إقامة حد القذف على من يرجع من الشهود على الزنا:

١٨ - مسألة: إذا شهد أربعة بالزنا فرجع احدهم قبل حكم الحاكم بالحد على المشهود عليه فهل يحد الراجع أم لا ؟

نقل أبو الحارث ويعقوب بن بختان إذا رجع احدهم قبل أن يقام الحد يحد

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود باب شهود الزنا إذا لم يكملوا اربعة ٢٣٤/٨ و٢٣٥.

الثلاثة فظاهر هذا انه أوجب الحد على الثلاثة ولم يوجبه على الراجع وهو إختيار أبي بكر وشيخنا.

ونقل حنبل: إذا شهد[1] أربعة بالزنا فرجع احدهم قبل قيام الحد حدوا كلهم فظاهر هذا انه أوجب الحد على الرجع أيضاً.

وجه الأولى: ان الراجع قد فعل المأمور به من الستر على المشهود عليه فلهذا لم يلزمه الحد لفعله ما أمر به وليس كذلك من أقام على الشهادة لأنه لم يفعل المأمور به من الستر ولا زالت حصانة المشهود عليه بقولهم فلهذا لزمهم الحد ويفارق هذا إذ لم يرجع أحد منهم عن الشهادة أنه لا حد عليهم وإن لم يفعلوا المأمور به من الستر فإنه قد زالت حصانة المشهود عليه بقولهم ويفارق هذا إذا قذفه بغير لفظه الشهادة ثم رجع وأكذب نفسه أنه يلزمه الحد لأنه بالقذف وجب عليه الحد، فبالرجوع يسقط ما قد وجب عليه فلهذا لم يقتل، وهاهنا ما وجب عليه الحد بشهادتهم فبالرجوع لا يسقط حقاً فلهذا لم يحد.

ووجه الثانية: وهي الصحيحة عندي ان شهادة الشهود لا تتم قبل حكم الحاكم بدلالة أن شاهدين لو شهدا بمال ثم رجع أحدهما قبل حكم الحاكم لم يثبت بشهادة الآخر فلو كانت شهادتهما قد تمت لوجب أن يثبت نصف المال كما لو رجع احدهما بعد حكم الحاكم فإنه يغرم نصف المال المشهود عليه وإذا كان كذلك وجب إذا رجع احدهما في مسألتنا أن لا يكون لشهادة الباقين حكم، وإذا بطل حكمها صارت قذفاً. ولأن الراجع بإيجاب الحد عليه أشبه من الثلاثة لأن الباقين مقيمون على شهادتهم فكان يجب أن لا يصدق عليهم ولو انه رجع بعد حكم الحاكم وقال تعمدت وتعمدوا معي فإنه يجب عليه القود دونهم وان قال: أخطأت وجب عليه ربع الدية دونهم لا يختلف المذهب في ذلك فإذا لم يكن الراجع[2] أولى بإيجاب الحد من غيره فلا أقل من أن يساويهم في إيجاب الحد.

(١) في المخطوطة «إذا اشهدوا أربعة».
(٢) في المخطوطة (فإذا كان الراجع).

ما يلزم شهود الاحصان عندما يرجعون مع الشهود على الزنا عن الشهادة:

١٩ - **مسألة**: إذا شهد شاهدان بالحصانة وأربعة بالزنا فرجم، ثم رجعوا أجمعين وقالوا: أخطأنا. فقال أبو بكر وغيره من أصحابنا: عليهم الضمان لأن الرجم المستوفى بقولهم أجمعين وكان الضمان على جماعتهم ويفارق هذا إذا بان فسق الشهود ان المزكين لا يلزمهم الضمان لأن فيه نظراً مع أن التزكية لا تختص بالرجم ولا بالاحصان وهذه الشهادة تختص بالإحصان فلهذا تعلق بها الضمان فإذا ثبت وان عليهم الضمان فقال أبو بكر في كيفيته قولان: احدهما: يضمن[١] شهود الإحصان نصف الدية، قال وهو الأقيس على مذهبه لأن الرجم ثبت بنوعين من الجناية فكان عليهم الضمان نصفين.

والثاني: الضمان عليهم بالسوية لأن الرجم ثبت بشهادتهم أجمعين بدليل أنه لو انفرد كل فريق لم يرجم بشهادته فلما اجتمعوا رجم ثبت انهم بالسوية كما لو شهد الستة بالزنا ثم رجعوا أجمعين فعلى هذا يلزم شهود الحصانة ثلث الدية ويلزم شهود الزنا الثلثان.

إقامة السيد الحد على مماليكه:

٢٠ - **مسألة**: هل يملك السيد إقامة حد السرقة على عبده؟

فنقل ابن منصور عن سفيان أنه قال في الآبق: لا يقطعه مولاه قد عيب على ابن عمر[٢]، قال أحمد قريب مما قال، وأما إذا زنت أو زنا ملك يمينه فيجلده وذكر الخبر[٣]. فظاهر هذا أنه أخذ بقول سفيان وفرق بين القطع وبين

---

(١) في المخطوطة «يضمنون شهود الاحصان.

(٢) يريد معارضة سعيد بن العاص لعبدالله بن عمر حينما طلب منه عبدالله ان يقطع عبداله سرق وهو آبق. موطأ مالك كتاب الحدود باب قطع الآبق والسارق ٨٣٣/٢.
وسنن البيهقي كتاب الحدود باب ما جاء في العبد الآبق إذا سرق ٢٦٨/٨.
ومصنف عبد الرزاق كتاب اللقطة باب سرقة الآبق ٢٤١/١٠ حديث ١٨٩٨٦.

(٣) يريد قوله ﷺ اقيمو الحدود على ما ملكت ايمانكم» وسيأتي، وقوله ﷺ «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها» الحديث.

الجلد وأومأ في مسائل مهنا إلى الأخذ بما روي عن ابن عمر في جواز القطع(١).

وجه هذه الرواية عموم قوله- عليه السلام-:أقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم(٢) ولأن عائشة قطعت أمة لها سرقت (٣) وابن عمر قطع يد عبده في السرقة(٤). ولأنه حد الله تعالى فجاز أن يملك السيد إقامته كحد الزنا.

ووجه الأولى: ان السيد لا يملك شيئاً من جنس القطع فلم يكن له القطع ويملك من جنس حد الزنا وهو التعزير ولأنه متهم في ذلك بأن يقصد إلى اتلافه بالقطع ليسري إلى نفسه.

اختلاف الشهود في الحال التي وقعت عليها الجناية:

٢١- مسألة: إذا شهد شاهدان أنه زنى بها في ثوب أحمر وشاهدان له زنى بها في ثوب أبيض.

فقال أبو بكر: ليس هذا اختلاف في الشهادة وقال: إذا شهد أحدهما أنه قتله غدوة وآخر أنه قتله عشية أو شهد احدهما أنه ضربه بالسيف وآخر أنه ضربه بخشبة أنها شهادة مسموعة. وقال: لو شهد اثنان انه زنى بها وهي سوداء وشهد آخران أنه زنى بها وهي بيضاء فهم قذفة يجب عليهم الحد.

---

(١) مصنف عبد الرزاق كتاب الحدود باب سرقة العبد ٢٣٩/١٠ حديث ١٨٩٧٩ وموطأ مالك كتاب الحدود باب قطع الأبق ٨٣٣/٢.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود با ما جاء في العبد الآبق إذا سرق ٢٦٨/٨.

(٢) سنن الترمذي- كتاب الحدود باب ما جاء في اقامة الحدود على الاماء عن على موقوفا بلفظ «اقيمو الحدود على أرقائكم من أحصن منهم ومن لم يحصن» ٤٤٨/٢ حديث ١٤٦٨.
وسنن البيهقي كتاب الحدود باب ما جاء في حد المماليك ٢٤٢/٨ بلفظ الترمذي موقوفا على علي ومرفوعا بلفظ «إذا زنت اماؤكم فاقيموا عليهن الحدود احصن أو لم يحصن».
وباب حد الرجل أمته إذا زنت ٢٤٥/٨.
وسنن الدراقطني كتاب الحدود موقوفا على علي ١٥٨/٣.
وسنن أبي داود- كتاب الحدود- باب في إقامة الحد على المريض ٦١٧/٤ حديث ٤٤٧٣ بلفظ «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم».

(٣) موطأ مالك- كتاب الحدود- باب ما يجب فيه القطع ٨٣٣/٢.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود- باب قطع المملوك باقراره ٢٧٦/٨.

(٤) تقدم في المسألة نفسها.

ونقل عن أحمد في كتاب الخلاف انه قال في رواية مهنا: إذا شهد نفسان أنه زنى بها في هذا البيت وآخران أنه زنى بها في بيت آخر وجب الحد بقولهم، وأخذ بظاهر هذه الرواية والمذهب عندي في جميع هذه المسائل انها شهادة باطلة غير مسموعة.

وقد ذكر الخرقي: إذا شهد نفسان على رجل أنه زنى بها في هذا البيت وشهد الآخران على رجل أنه زنى بها في هذا البيت فالأربعة قذفة وعليهم الحد وهذا يدل على ما ذكرنا وان الشهادة باطلة لأنها شهادة لم تجتمع على فعل واحد لأن فعلا واحداً لا يمكن وجوده في بيتين ولا في قميصين ولا في غدوة وعشية ولا بخشبة وسيف. فيجب أن لا تصح الشهادة كما لو شهد اثنان أنه زنى بها وهي بيضاء وآخران أنه زنى بها وهي سوداء إن الشهادة باطلة ويفارق هذا إذا شهد اثنان أنه زنى بها في الزاوية وآخران أنه زنى بها في الزاوية الأخرى أن الشهادة صحيحة إذا كان البيت صغيراً والزوايا متقاربة لأنه يمكن أن يكون على فعل واحد بأن يقربه شاهدان في هذه الزاوية وآخران من الزاوية الأخرى والفعل واحد ولا يمكن هذا في البيتين.

إقامة الحدود على الكفار:

٢٢ - مسألة: هل يجب الرجم على الكفار إذا أحصنوا وزنوا ؟

نقل الجماعة منهم الميموني: يجب ويصح الإحصان في حقهم.

ونقل المروذي لفظين: أحدهما: قال الذمية تحصن المسلم والثاني: قال لا تحصن اليهودية والنصرانية المسلم. قال أبو بكر قد روى المروذي هذه المسألة في ثلاثة مواضع أثبت احصانهم في موضعين ونفاه في موضع آخر. قال ويغلب على ظني أن أبا بكر الخلال غلط أبا بكر المروذي فيها إلا أن من نفى الرجم عنهم وبقي الإحصان احتج بأنه احصان شرط فيه الحرية فوجب أن يكون الإسلام شرطاً فيه دليله الاحصان الموجب للحد على القاذف ولأنه لا يحد قاذفه بحال فوجب إذا زنى أن لا يرجم كالعبد.

وأما من أوجب الرجم وهو الصحيح فوجهه أن النبي - ﷺ - رجم

يهوديين زنيا[1] والرجم لا يجب إلا بعد ثبوت الإحصان ولأن اليهود والنصارى أهل ملة فجاز أن يجب عليهم الرجم بالزنا كالمسلمين ولأنه قتل بسبب متقدم فاستوى فيه المشرك والمسلم كالقتل في القصاص يلزم عليه القتل بترك الصلاة لأنه وجب بسبب حادث لا متقدم.

عقوبة واطىء الميتة:

٢٣- مسألة: في وطء الميتة: نقل عبد الله عنه في الذي يأتي الميتة أن بعض الناس يقول عليه حدان: حد الموت وحد الزنى فظننه يعني عن نفسه.

فقال أبو بكر: لم يبلغنا في هذه المسألة غير ما رواه عبد الله وقد أخبر عن نفسه أنه ظن ذلك عن أبيه ويحتمل أن يكون عليه الحد لأنها حالة يجب الغسل بوطئها فوجب الحد كحالة الحياة ويحتمل التعزير قال فيه أقول لأن الحد يجب في العادة ردعاً وزجراً والإنسان في العادة يزجر نفسه عن وطء الميتة لأنها لا تشتهى غالباً.

عقوبة وطء أمة الزوجة:

٢٤- مسألة: إذا أذنت له زوجته في وطء أمتها لم يحل له الوطء لأن

---

(١) صحيح البخاري كتاب الحدود باب الرجم في البلاط ١٧٧/٤ وباب احكام أهل الذمة ١٨٢/٤.
وصحيح مسلم كتاب الحدود باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا ١٣٢٦/٣ حديث ٦٦٩٩.
وموطأ مالك كتاب الحدود باب ما جاء في الرجم ٨١٩/٢.
وسنن أبي داود كتاب الحدود باب رجم اليهوديين ٥٩٣/٤ حديث ٤٤٤٦.
وسنن ابن ماجة كتاب الحدود باب رجم اليهود واليهودية ٨٥٤/٢ حديث ٢٥٥٦.
وسنن ابن ماجة كتاب الحدود باب رجم اليهود واليهودية ٨٥٤/٢ حديث ٢٥٥٦.
وسنن الترمذي أبواب الحدود باب ما جاء في رجم أهل الكتاب ١٧٨/٢.
ومجمع الزوائد للهيثمي كتاب الحدود باب رجم أهل الكتاب ٤٤٦/٢ حديث ١٤٦٣.
سنن الدرامي كتاب الحدود باب ما جاء في الحكم بين أهل الكتاب ٢٧١/٦.
ومجمع الزوائد للهيثمي كتاب الحدود باب رجم أهل الكتاب ٢٧١/٦.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود باب ما جاء في وقف الشهود حتى يثبتوا الزنا ٢٣١/٨ وباب ما جاء في حد الزانيين ٢٤٦/٨.

الوطء لا يستباح بالإباحة وإنما يستباح بملك اليمين أو عقد نكاح وليس هاهنا واحد منهما فإن وطئها لم يجب عليه الرجم ولكن يعزر بمائة جلدة وكان القياس الرجم لوجود شرائط الرجم لكن ترك القياس هاهنا لحديث النعمان بن بشير عن النبي - ﷺ - في الرجل يأتي جارية امرأته قال:ان كان احلتها له جلد مائة وإن لم يكن احلتها له رجم[1]. فاسقط الرجم عنه بالاذن في الوطء فإن أتت بولد فهل يثبت نسبه منه أم لا؟

نقل ابن منصور عنه: قال سفيان: إذا أحلت فرجها فوقع عليها فهي مملوكة لسيدها الأول والولد مملوك.

قال أحمد هذا وطء شبهة والولد ولده والأمة ترجع إلى سيدها. فظاهر هذا أنه ألحق به الولد.

قال أبو بكر ما رواه ابن منصور قول أول، والعمل على ما رواه الميموني والمروذي أنه لا يلحق الولد لأن الحد يلزمه وليس فيما حكاه عن الميموني والمروذي بيان أن الوطء كان بعد اباحتها له بل يحتمل أن يكون ذلك على أن الوطء كان قبل الإباحة فلا يلحق لأن الرجم يلزمه ومن لزمه الرجم لم يلحق به الولد.

وما نقله ابن منصور فيه صريح إذا كان الوطء بعد الاذن أنه يلحق به لأن الحد لا يلزمه في هذه الحال، وإنما يجب عليه التعزير، وثبوت التعزير لا

---

(١) سنن أبي داود كتاب الحدود باب في الرجل يزني بجارية امرأته ٦٠٥/٤ حديث ٤٤٥٨ و٤٤٥٩.

وموطأ مالك كتاب الحدود باب ما لا حد فيه ٨٣١/٢ عن ربيعة بن عبد الرحمن عن عمر موقوفا.

وسنن ابن ماجه كتاب الحدود باب من وقع على جارية امرأته ٨٥٣/٢ حديث ٢٥٥١.

وسنن الترمذي أبواب الحدود باب ما جاء في الرجل يقع على جارية امرأته ٦/٣ حديث ١٤٧٥.

وسنن الدارمي كتاب الحدود باب فيمن يقع على جارية امرأته ١٨٢/٢ وسنن النسائي كتاب النكاح باب احلال الفرج ١٢٤/٦.

والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود باب ما جاء فيمن أتى جارية امرأته ٢٣٩/٨.

ينفي النسب كما لو وطىء أمة بينه وبين شريكه، فإن التعزير يجب والنسب يلحق به كذلك ها هنا. فتكون الإباحة ها هنا شبهة في لحوق النسب كما كان ملك بعضها شبهة في لحق النسب.

وقد نقل المروذي وأحمد بن واصل المقرى: إذا وطىء جارية امرأته في حياتها ثم ماتت وادعى أنها له لم نلحق نسبه لأنه وطىء ما لا يملك وإن كان ولدت بعد موت امرأته لحق نسبه لأن له فيها حصة. ويؤدي باقي ثمنها، أما قوله: إذا وطىء في حال حياتها وماتت لم يلحق نسبه، محمول على أنه وطىء من غير إباحة منها، لأن الحد يجب عليه، وقوله: إن ولدت بعد موتها لحق نسبه، لأن له منها حصة، محمول على أن الوطء كان بعد موتها، لأن وطأه صادف أمة مشتركة بينه وبين الورثة.

قذف الميت:

٢٥- **مسألة:** إذا قذف امرأة ميتة فهل لولدها الحي المطالبة بحد القذف إذا كان حراً مسلماً أم لا ؟

قال الخرقي في مختصره: له المطالبة سواء كانت الأم مسلمة حرة أو كافرة أمة.

وقال أبو بكر في كتاب الخلاف: ليس له المطالبة قال: لأنه قذف لميتة فلا يملك الوارث المطالبة به كما لو كان المقذوف حياً ثم مات فإن وارثه لا يرث حق المطالبة في أصلنا كذلك هاهنا.

ووجه ما قاله الخرقي - رحمه الله - وهو أصح أن هذا القذف حصل قدحاً في نسب الحي فيجب أن يملك المطالبة به لما عليه من المعرة ولهذا المعنى ملك المطالبة مسلمة كانت أو كافرة إذا كان الابن مسلماً لأن القدح داخل على نسبه ولهذا المعنى لو قذف أبوه الميت لم يملك المطالبة بحد القذف لأن ذلك لا يقدح في نسبه فلهذا لم يملك المطالبة ولا يلزم على هذا إذا كانت الأم في الحياة أنه لا يملك المطالبة بذلك وإن كان فيه قدح في نسبه لأن هناك من هو أحق بالمطالبة وهي الأم.

حد قاذف الكتابي:

٢٦- مسألة: فإن قذف يهودية أو نصرانية ولها ولد مسلم أو زوج مسلم هل يجب على القاذف حد القذف؟

نقل حنبل: لا يجب.

ونقل ابن منصور: عليه الحد.

قال أبو بكر: ما رواه حنبل هو المعمول عليه لأنه قذف لكافر فلم يلزمه الحد، دليله إذا لم يكن له زوج مسلم ولا ولد مسلم.

ووجه ما نقله ابن منصور: ان في قذفها قدحاً في نسب الولد المسلم فالمعرة تلحقه بذلك ولهذا المعنى حد قاذف أم النبي - ﷺ -(١)، لما فيه من القدح في نسبه - عليه السلام - كذلك إذا كان الزوج مسلماً ففي قذفها قدح في فراشها ونسب ولده.

تعزير قاذف الكافر:

٢٧- مسألة: فإن قذف كافراً له ولد مسلم هل يعزر قاذفه أم لا؟

نقل الحسين بن محمد بن الحارث فيمن قذف اليهودي والنصراني: يؤدب.

وكذلك نقل إسحاق. قال أبو بكر الخلال: روى هذه المسألة أرجح من عشرة أنفس: ليس عليه حد يؤدب.

وروى محمد بن موسى: ليس عليه شيء ولم يتابعه على هذا اللفظ أحد.

وجه الأولى: في أنه يعزر قاذفه أن في قذفه الذمي أذية له بذلك وقال لنبي - ﷺ -: من آذى ذمياً كنت خصمه(٢) ولأن على الإمام أن يحمي أهل الذمة ويذب عنهم فيجب أن يعزر قاذفه لأن فيه ذباً عنهم.

---

(١) لم أجد ان احدا قذف ام النبي ﷺ.

(٢) لم أجد هذا الحديث.

ووجه الثانية: عموم قوله تعالى: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً)[1] ولأنه ناقص بالكفر فلم يجب على قاذفه تعزير، دليله الحربي، ولأن التعزير عقوبة تجب لأجل القذف فلا يجب على المسلم بقذف الذمي دليله الحد.

---

(١) سورة النساء (١٤١).

مسائل في القطع في السرقة

اعتبار الذهب أصلاً في نصاب السرقة:

٢٨- مسألة: في الذهب هل هو أصل في نصاب القطع في السرقة؟

على روايتين: احداهما: أنه أصل ومقداره ربع دينار فصاعداً نص عليه في رواية صالح والمروذي فقال: إذا سرق من الذهب أقل من ربع دينار وهو يساوي ثلاثة دراهم فأكثر فليس عليه قطع حتى يسرق من الذهب ربع دينار، فظاهر هذا أنه أصل.

والثانية: ليس بأصل وهو مقوم بالدراهم نص عليه في رواية الميموني: إذا سرق من الذهب رددته إلى قيمته بالدراهم، فإذا بقدر ما يقطع فيه قطعته.

وجه الأولى: وهي أصح ما روي في حديث عائشة أن النبي - ﷺ - قال: «القطع في ربع دينار فصاعداً»[1] ولأن الذهب أحد جنسي الأثمان فكان

---

(١) صحيح البخاري- كتاب الحدود- باب حد السارق والسارقة ١٧٣/٤ وصحيح مسلم كتاب الحدود باب حد السرقة ونصابها ١٣١٢/٣ حديث ١٦٨٤- وسنن النسائي كتاب قطع السارق باب القدر الذي سرقه السارق قطعت يده ٧٨/٨.

وسنن ابن ماجه كتاب الحدود- باب حد السارق ٨٦٢/٢ حديث ٢٥٨٥.

وسنن الترمذي أبواب الحدود باب في كم يقطع السارق ١/٢ حديث ١٤٦٩.

وسنن الدارقطني كتاب الحدود ١٨٩/٣- ومصنف عبد الرزاق كتاب اللقطة باب في كم تقطع يد السارق ٢٣٥/١٠ حديث ١٨٩٦١، وسنن أبي داود كتاب الحدود باب ما يقطع فيه السارق ٥٤٥/٤ حديث ٤٣٨٣ و٤٣٨٤.

وموطأ مالك كتاب الحدود باب ما يجب فيه القطع ٣٣٢/٢.

أصلاً في القطع كالفضة، ولأنه حكم يعتبر فيه نصاب في الورق فاعتبر فيه نصاب من الذهب كالزكاة.

ووجه الثانية: ما روى ابن عمر أن النبي- ﷺ- قطع سارقاً في مجن قيمته ثلاثة دراهم[1] فقوم المجن بالدراهم فدل على أنها هي الأصل.

وروى في خبر آخر: لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا آواه الجرين فالقطع فيما بلغ قيمته المجن[2]. ولأن الذهب لو كان أصلاً لكانت الأشياء المسروقة مقومة به كما كانت مقومة بالدراهم ولا يختلف المذهب أن العروض لا

---

(١) صحيح البخاري كتاب الحدود باب حد السارق والسارقة ١٧٤/٤.
وصحيح مسلم كتاب الحدود باب حد السرقة ١٣١٣/٣ حديث ١٦٨٦.
وسنن النسائي كتاب قطع السارق باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده ٧٦/٨.
وموطأ مالك كتاب الحدود باب ما يجب فيه القطع ٨٣١/٢.
وسنن ابن ماجه كتاب الحدود باب حد السارق ٨٦٢/٢ حديث ٢٥٨٤.
وسنن أبي داود كتاب الحدود باب ما يقطع فيه السارق ٥٤٧/٤ حديث ٤٣٨٥.
وسنن الدارقطني كتاب الحدود ١٩٠/٣.
وسنن الدارمي الباب السابق ١٧٣/٢.
ومصنف عبد الرزاق الباب السابق ٢٣٦/١٠ حديث ١٨٩٦٨.

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب الحدود با القطع في كل ماله ثمن إذا سرق من جرز وبلغت قيمته ربع دينار ٢٦٢/٨.
وباب ما يكون حرزا ومالا يكون حرزا ٢٦٦/٨.
وأخرج جزأه الأول: لا قطع في ثمر ولا كثر... أبو داود- في كتاب الحدود- باب ما لا قطع فيه ٥٤٩/٤ حديث ٤٣٨٨.
والترمذي في الحدود باب لا قطع في ثمر ولا كثر ٥/٣ حديث ١٤٧٣.
والنسائي في قطع السارق باب ما لا قطع فيه ٨٦/٨.
وابن ماجه في كتاب الحدود باب لا قطع في ثمر ولا كثر ٨٦٥/٢ حديث ٢٥٩٣.
ومالك في كتاب الحدود باب ما لا قطع فيه ٨٣٩/٢.
والدارمي في كتاب الحدود باب ما لا قطع فيه ١٧٤/٢.
وأخرج الجزء الأخير منه:
أبو داود في كتاب الحدود باب ما لا قطع فيه ٥٥٠/٤ حديث ٤٣٩٠ بلفظ (ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع).
وابن ماجه في كتاب الحدود باب من سرق من الحرز عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. بلفظ (وما كان من الجرين ففيه القطع إذا بلغ ثمن المجن).

تقوم بالذهب وإنما تقوم بالدراهم دل على أنها ليست بأصل ألا ترى أنها لما كانت أصلاً في قيم المتلفات قوم به؟

اختلاف الحرز باختلاف المحروز:

٢٩- مسألة: هل يختلف الحرز باختلاف المحروز؟

فذكر أبو بكر في كتاب الخلاف ما يدل على أن الموضع إذا كان حرزاً لشيء فهو حرز لسائر الأشياء ولا يكون الموضع حرزاً لشيء لأن ما كان حرزاً لنوع من الأموال كان حرزاً لغيره من الأموال دليله وراء الاقفال والإغلاق. وقال شيخنا: الإحراز يختلف باختلاف المحروز في البقل والخضروات، في دكاكين البقالين من وراء شريجة تغلق وحرز الذهب والجوهر والفضة والثياب الأماكن الحريزة في الدور وتحت الاغلاق الوثيقة فمن جعل الجوهر في دكان البقل تحت شريجة فقد ضيع وهو أصح لأن الحرز ورد مطلقاً ولا حد له في اللغة ولا في الشرع فيجب أن يرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم كالتفرق والقبض وأقل الحيض وأكثره وأقل الحمل وأكثره وفي العادة أن الاحراز يختلف بإختلاف الحرز.

القطع في السرقة من الحمام والخان والحوانيت المأذون في دخولها إذا كان عليها حافظ:

٣٠- مسألة: إذا سرق من الحمام أو الخان أو الحوانيت المأذون في دخولها وهناك حافظ فهل يقطع أم لا ؟

فقال في رواية ابن منصور: لا يقطع سارق الحمام إلا أن يكون على المتاع آخر قاعد مثلما صنع بصفوان فقد نص على القطع.

وقال في رواية حنبل: ليس على سارق الحمام قطع وكذلك نقل الميموني، فقال: إذا كان الشيء مشتركاً يدخل فيه مثل الحمام والخيمة فلا قطع فقد أطلق القول بأن لا قطع.

وجه الأولى: أنه لو كان المتاع في المسجد أو في صحراء أو عليه حافظ فإنه يقطع سارقه بلا خلاف كذلك الحمام والخان.

ووجه الثانية: أن الاذن قد وجد من المالك في الدخول فخرج الشيء عن أن يكون محرزاً من المأذون له ألا ترى أن من أذن لرجل في دخول داره لا قطع عليه لأجل الاذن ولهذا قال أحمد في رواية جعفر بن محمد في الرجل يدخل الضيف بيته فيسرق: لا قطع عليه، كذلك هاهنا، ويفارق هذا المسجد والصحراء لأنه لم يحصل الاذن في ذلك من جهة آدمى فلهذا وجب القطع.

القطع بسرقة الكلأ المحوز:

٣١- مسألة: هل يقطع بسرقة الكلأ المحاز؟

قال أبو بكر: لا يقطع.

وقال أبو إسحاق: يقطع وهو أصح.

وجه قول أبي بكر أن الكلأ مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه فهو كالماء

ووجه قول أبي إسحاق أنه يتمول في العادة فهو كالخشب.

قطع السارق بعد الثانية:

٣٢- مسألة: إذا سرق في الدفعة الثالثة هل يقطع أم لا ؟

نقل أبو الحارث والمروذي: لا يقطع وهو اختيار الخرقي وأبي بكر.

ونقل الميموني: قطع عمر - رضي الله عنه - بعد يد ورجل وإليه أذهب.

وجه الأولى: قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما»(١) فأضاف اليد إليهما بلفظ الجمع فدل على أن المراد به يد واحدة كما قال الله تعالى: «ان تتوبا إلى الله فقد صغت قلوبكما»(٢). فأضاف القلب إلى الاثنين بلفظ الجمع ثم كان لكل واحد منهما قلب واحد وكذلك قول العرب: قطعت رؤوسهما وبعجت بطونهما وضربت ظهورهما فيضيف الشيء الواحد إلى الاثنين بلفظ الجمع ولأن في قطع اليدين ابطال منفعة البطش في حق الله تعالى فوجب أن لا يجوز قياساً على الدفعة الثانية ولهذا أشار على كرم الله وجهه بقوله: اني

---

(١) سورة المائدة (٣٨).

(٢) سورة التحريم (٤).

لاستحي من الله آن لا أدع له يدا يبطش بها.وكل عضو لا يقطع في المرة الثانية لا يقطع في المرة الثالثة كالأنف والأذن.

وجه الثانية: ما روى أبو هريرة أن النبي- ﷺ- قال في السارق: «اقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله»[1]. ولأن كل يد قطعت قصاصاً قطعت بالسرقة كاليمنى وكل عضو في أطرافه مقدر قطع بالسرقة كالرجل اليسرى.

تكرر السرقة قبل القطع:

٣٣- مسألة: إذا تكررت منه السرقة ولم يقطع فهل يقطع لكل مرة؟

نقل مهنا عنه إذا سرق مرة ثم سرق مرة أخرى ولم يقطع ثم أتى به الإمام: يقطع يداً واحدة.فظاهر هذا انه يقطع مرة واحدة.

ونقل صالح عنه فيمن سرق من جماعة شيئاً: فإن جاؤوا متفرقين قطع لكل واحد منهم وإذا جاؤوا جميعاً قطع لهم قطع.

وجه الأولى:- وهي أصح- واختاره أبو بكر أنها حدود لله تعالى ترادفت فتداخلت كحد الزنا والشرب.

قال أبو بكر: ولأنه لو وطىء في شهر رمضان مراراً في يوم واحد أو أيام متفرقة عليه كفارة واحدة، فإن كفر عاد من يومه أو من الغد فوطىء عليه كفارة أخرى كذلك هاهنا.

ووجه الثانية: أنه حد يتعلق بحق آدمي فإذا تعلق بجماعة اعتبر اجتماعهم وانفرادهم في المطالبة دليله حد القذف وقد اختلفت الرواية في حد القذف إذا ثبت لجماعة على روايتين: احداهما حد واحد والثانية ان جاؤوا جميعاً بحد واحد وإن جاؤوا متفرقين فحدود كذلك هاهنا.

قطع العضو الأشل في السرقة:

٣٤- مسألة: في أشل سرق هل تقطع يده الشلاء أم رجله اليسرى؟

(١) سنن الدارقطني كتاب الحدود- ٣/١٨١ حديث ٢٩٢.

نقل ابن منصور: تقطع يده الشلاء إذا كانت قائمة.

ونقل إبراهيم الحربي وأبو النصر: تقطع رجله اليسرى.

وجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر، أن محل القطع موجود فيجب أن يقطع كما لو كانت سالمة.

ووجه الثانية: أنه لا منفعة فيها ولا جمال ولا أرش فيها مقدر فلم يقطع كما لو كانت معدومة.

سرقة أحد الزوجين من مال الآخر:

٣٥- مسألة: إذا سرق كل واحد من الزوجين من مال صاحبه هل عليه القطع أم لا؟

نقل صالح: لا قطع وهو اختيار الخرقي وأبي بكر.

ونقل حنبل: يقطع وهكذا الخلاف إذا سرق عبد كل واحد منهما من مال مولى الآخر.

وجه الأولى: ما روى أن رجلاً جاء إلى عمر بعبده وقد سرق مرآة زوجته فقال: أرسله فليس عليه قطع خادمكم سرق متاعكم[1]. ولأن بينهما سبباً لا يسقط الميراث بوجه فوجب أن لا يقطع بسرقته كالولد والوالد ولأن كل واحد منهما له شبهة في مال صاحبه أما هي فإنها تستحق زيادة في النفقة وأما هو فيزيد في قيمة بضعها الذي هو ملكه.

ووجه الثانية: أنه استباح أحد المنفعتين بعقد فوجب أن لا يسقط به حكم القطع كما لو استأجر امرأة فسرقت من متاعه فعليها القطع.

اعتبار الجيب حرزاً لما فيه:

٣٦- مسألة: في جيب الإنسان وكمه هل هو حرز لما فيه؟

---

(١) المرجع السابق ١٨٨/٣ حديث ٣١١.
وموطأ مالك كتاب الحدود باب ما لا قطع فيه ٨٣٩/٢ حديث ٨٤٠.
وسنن البيهقي كتاب الحدود باب العبد يسرق من مال امرأة سيده ٢٨٢/٨.

فنقل حنبل عنه في الذي يأخذ من كم الإنسان وجيبه ويطر: لا يقطع، هو بمنزلة المختلس. فظاهر هذا أنه لا قطع في ذلك.

ونقل ابن منصور عنه في الطرار: إذا كان يطر سراً يقطع وإن اختلس لم يقطع. فظاهر هذا أنه أوجب القطع في ذلك لأن الطرار هو الذي يأخذ من الجيب والكم.

ووجه الأولى: أن العادة جرت أن من أراد أن يحرز ما في كمه قبض على كمه بيده وزر جيبه ولم يرسله فإذا خالف العادة في ذلك لم يكن حرزاً فعلى هذا يكون الجيب والكم حرزاً إذا قبض على كمه وزر جيبه وان أرسله لم يكن حرزاً.

ووجه الثانية: أن جيب الإنسان حرز لما يوضع فيه في العادة، ألا ترى أن من فعل هذا لا يقال: ضيع ماله ولا فرط فيه بل يقال: حفظ واحتاط فيه وكذلك إذا جعل في كمه فيجب أن يكون حرزاً.

توقف القطع في السرقة على مدع للمسروق:

٣٧- مسألة: إذا ثبت القطع في السرقة بالبينة أو بالإقرار هل يفتقر في إقامته إلى مدع يدعي العين المسروقة؟

قال الخرقي: لا يقطع حتى يدعيها مدع.

قال أبو بكر في كتاب الخلاف: يقطع ولا يحتاج فيه إلى مطالبة.

وجه ما قاله الخرقي وهو أصح أن النبي - ﷺ - لم يقطع عمر بن سمرة حين أقر أنه سرق جملاً لآل أبي فلان حتى بعث إليهم فقالوا: فقدنا جملاً لنا وطالبوا بذلك فقطعه[1]. ولو جاز قطعه قبل المطالبة لم يبعث إليهم ولأنه يحتمل أن يكون المالك أباح هذه العين لمن أخفرها أو وقفها عليه وهو لا يعلم أو كانت ملكاً للسارق عند الغائب ولا يعلم به البينة فاسقطنا القطع عنه للاحتمال والشبهة.

(١) سنن ابن ماجه كتاب الحدود باب السارق يعترف ٨٦٣/٢ حديث ٢٥٨٨.

ووجه ما قاله أبو بكر أن القطع حق لله تعالى فلا يفتقر في إقامته إلى مطالبة آدمي كالزنا وشرب الخمر وعكسه حد القذف لما كان حقاً لآدمي افتقر إلى مطالبة ولأن أحمد قد قال في العبد:إذا أقر على نفسه بالسرقة بمال في يده لزيد فأنكر السيد ذلك فادعى أن المال الذي في يده ملك له أنه يقطع ويكون المال للسيد فلو كان إقامة الحد يفتقر إلى مطالبة بالعين المسروقة وجب أن لا يقام عليه الحد هاهنا لأنه لا مطالب بالسرقة.

القتل والصلب بالقتل وأخذ المال:

٣٨- مسألة: إذا قتل وأخذ المال هل يقطع يده مع القتل أم يقتل ويصلب؟

نقل عبد الله:يقتل ويصلب ولا تقطع يده.

ونقل حرب:تقطع ويقتل.

وجه الأولى:- وهي الصحيحة- قوله تعالى: «أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف»[١].

قال إبن عباس: أن يصلبوا ان قتلوا وأخذوا المال فقد فسر الآية بذلك فمن زاد على هذا فقد ترك الآية.

ولأن الله تعالى أوجب الصلب ولا يخلو إما أن يجب الصلب بالقتل أو بأخذ المال أو بهما فبطل أن يكون وجوبه بالقتل لأنه خلاف الإجماع وبطل أيضاً أن يكون وجوبه بأخذ المال لأنه خلاف الاجماع أيضاً، ثبت أن يكون الصلب بالقتل وأخذ المال معاً وإذا ثبت وجوبه لم يجز تركه إلى القطع.

ووجه الثانية: أنه لو انفرد بأخذ المال قطع ولو انفرد بالقتل قتل فإذا جمع بينهما وجب أن يستوفى منه كما لو زنا وسرق فإنه يستوفى منه الحدان معاً كذلك هاهنا.

---

(١) سورة المائدة (٣٣).

الأواني التي يكره الانتباذ بها:

٣٩- مسألة: هل يكره الانتباذ في الأوعية غير الأدم.

فنقل بكر بن محمد وصالح وابن منصور:يكره في الظروف المزفتة والنقير والحنتم والدبا فهذه نهي عنها ونهي أن ينتبذ في المزادة المجبوبة والسقاء المقطوع العنق حتى يكون عنقه منه، ظاهر هذا كراهية ذلك.

ونقل حنبل:قد أذن النبي- ﷺ- أن ينتبذ في الظروف بعد ما كان نهى[١] ولا بأس أن ينتبذ في الأوعية كلها إذا لم يكن مسكراً والسقاء أحب إليّ لأنه لا اختلاف فيه ولم يجيء فيه نهي،فظاهر هذا أن ذلك غير مكروه.

وجه الأولى: ما روى عن النبي- ﷺ- أنه نهى عن الدبا والحنتم والنقير والمزفت وقال:انتبذوا في الأدم فإنها توكا وتغلق[٢] فنهى عن هذه الأوعية.

فالدبا من القرع متى قطع رأسها بقيت كالجود ينتبذ فيها، والحنتم الجرة الصغيرة والنقير خشبة تنقر وتخرط كالبرنية والمزفت ما قير بالزفت كل هذا نهى عنه لأجل الظروف وأنها يكون في الأرض فتسارع إليه الشدة كما كره أن ينتبذ الخليطين لأنه يسارع إليه الشدة.

ووجه الثانية: أن النهي عن ذلك ورد ثم نسخه ما روى محارب بن دثار عن

---

(١) صحيح البخاري كتاب الأشربة باب ترخيص النبي- ﷺ- في الأوعية والظروف بعد النهي ٣٢٢/٣.
وصحيح مسلم كتاب الأشربة باب النهي عن الانتباذ في المزفت ١٥٨٤/٣ حديث ١٩٩٩/٦٣.
وسنن ابن ماجه كتاب الأشربة باب ما رخص فيه من الأوعية ١١٢٧/٢، حديث ٣٤٠٥.
وسنن البيهقي كتاب الأشربة باب الرخصة في الأوعية بعد النهي ٣١٠/٨ وكتاب الجنائز باب زيارة القبور ٧٦/٤ و٧٧.

(٢) صحيح مسلم كتاب الأشربة الباب السابق ١٥٧٧/٣ حديث ١٩٩٢ و١٩٩٣، وصحيح البخاري- كتاب الأشربة- الباب السابق ٣٢٣/٣ عن عائشة بلفظ «نهانا أهل البيت أن ننتبذ في الدبا والمزفت».
وسنن ابن ماجه كتاب الأشربة الباب السابق ١١٢٧/٢ حديث ٣٤٠١.
وسنن البيهقي كتاب الأشربة باب الأوعية ٣٠٨/٨.

يزيد عن أبيه أن النبي- ﷺ- قال: «نهيتكم عن ثلاث وأنا آمركم بهن نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فإن زيارتها تذكركم الآخرة ونهيتكم عن الأشربة أن تشربوا إلا في الظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكراً ونهيتكم عن لحوم الأضاحي أن تأكلوها بعد ثلاث فكلوا واستمتعوا[1]»، فالنبي- عليه السلام- نهى عن التنبيذ في هذه الأوعية ثم أذن فيه فدل على جوازه.

حد شرب الخمر:

٤٠- مسألة: اختلفت الرواية في حد شرب الخمر على روايتين: نقلها حنبل:

احداهما: أنه ثمانون وهي اختيار الخرقي.

والثانية: انه أربعون وهي اختيار أبي بكر.

وجه الأولى: ما روى بقية بن وهب عن محمد بن علي عن أبيه أن النبي- ﷺ- جلد شارب الخمر بجريدتين نحو أربعين[2].

وإذا كان أربعين بجريدتين ضعفين ثبت أنه ثمانون ولأن الأربعين حد

---

(١) سنن البيهقي باب الرخصة في الأوعية ٣١٠/٨ و٣١١.
وكتاب الجنائز باب زيارة القبور ٧٦/٤ و٧٧.

(٢) لم أجده عن بقية بن وهب عن محمد بن علي عن علي.
وقد أخرجه مسلم في كتاب الحدود باب حد الخمر ١٣٣٠/٣ و١٣٣١ حديث ١٧٠٧ عن علي بلفظ (جلد النبي ﷺ أربعين وجلد أبو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة).
وحديث ١٧٠٦ عن أنس بن مالك ان النبي ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين).
وأبو داود في كتاب الحدود- باب حد الخمر ٦٢١/٤ حديث ٤٤٧٩ عن أنس بن مالك بلفظ (ضرب النبي ﷺ بجريدتين نحو أربعين).
والترمذي في كتاب الحدود باب حد السكران ٤٤٩/٢ حديث ١٤٧١ عن أنس.
والدرامي في كتاب الحدود- باب في حد الخمر ١٧٥/٢ عن أنس. والبيهقي في كتاب الحدود باب ما جاء في عدد حد الخمر ٣١٩/٨ عن أنس وفي الباب نفسه ٣٢١/٨ عن سعدان ابن نصر عن سفيان عن عمرو عن محمد بن علي عن علي أنه جلد رجلا في الخمر أربعين بجريدة لها طرفان.

العبد وهو حد القذف فلم يكن حد الحر، كالخمسين، لما كان حد العبد في حد الزنا لم يكن حدا للحر.

ووجه الثانية: ما روى حصين بن المنذر أبو ساسان الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان وقد أتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر شهد أحدهما أنه شربها وشهد الآخر أنه تقيأها.

فقال عثمان: ما تقيأها حتى شربها، فقال لعلي: أقم عليه الحد، فقال علي للحسن: أقم عليه الحد، فقال الحسن: يتولى حارها من يتولى قارها. فقال علي لعبد الله بن جعفر أقك عليه الحد، فجلده عبد الله بن جعفر وعلي يعد، فلما بلغ أربعين قال: حسبك، جلد رسول الله - ﷺ - أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وجلد عمر ثمانين، وكلاهما سنة، وهذا أحب إلي[1]، يعني الأربعين، فقد أخبر أن النبي - ﷺ - اقتصر على الأربعين.

ولأن الحدود تترتب باختلاف الإجرام فحد الزنا يغلظ لأنه هتك بالزنا حرمتين حرمته وحرمتها، وربما أفسد النسب، وحد القذف أدون لأنه هتك به حرمة آدمي فكان ثمانين وحد الخمر هتك حرمة واحدة في حق الله تعالى وحدة فكان أخف من غيره فكان أربعين.

ضمان من مات بسبب الزيادة على الحد:

٤١ - مسألة: إذا جلد الإمام زيادة على الحد إما في حد الشرب أو غيره من الحدود فمات فهو مضمون وهل يجب كمال الدية أم نصفها؟

قال أبو بكر في كتاب الخلاف على قولين أحدهما يجب كمال الدية فهو قياس المذهب فإن أحمد قد نص في الإجارات إذا جاوز بالدابة الموضع المستأجر إليه أو زاد على حملها فتلفت فعليه كمال القيمة.

---

(١) صحيح مسلم كتاب الحدود باب حد الخمر ١٣٣١/٣ حديث ١٧٠٧ وسنن أبي داود كتاب الحدود باب حد الخمر ٦٢٢/٤ حديث ٤٤٨٠.
وسنن ابن ماجه - كتاب الحدود - باب حد السكران ٨٥٨/٢ حديث ٢٥٧١.
وسنن البيهقي كتاب الحدود - باب من وجدت منه ريح شراب أو لقي سكرانا ٣١٦/٨.

والثاني: عليه نصف الدية لأنه مات من فعل مضمون وغير مضمون فلم تجب فيه كمال الدية كما لو جرح نفسه وجرح غيره أو جرح وهو مرتد فأسلم ثم جرح وهو مسلم فإنه لا تجب كمال الدية، كذلك هاهنا.

وإذا قلنا: تجب كمال الدية لأن الفعل المحظور إذا انضاف إلى فعل مباح تعلق الضمان بالمحظور ولم يقابل المباح شيء من ذلك كما قلنا في رجل ألقى حجراً في سفينة فيها متاع كثير فغرقت السفينة بالقائه الحجر ومثله لا يغرق السفينة به فإنه لا خلاف أن الضمان يجب على ملقي الحجر ولا يقال: إن الضمان يتقسط فسقط بقدر ما قابل المتاع. كذلك هاهنا.

خطأ الإمام:

٤٢- مسألة: في خطأ الإمام هل يكون في بيت المال أم على عاقلته؟ مثل أن يكون الجلد ثمانين فيخطىء فيجلد أحداً وثمانين فيموت المحدود أو تكون الزانية حاملاً فيجلدها أو يرجمها فيموت ما في بطنها وهو لا يعلم أو يذكر امرأة عنده بسوء فينفذ إليها فتسقط ذا بطنها فزعاً منه فتخرج الجنين ميتاً أو يحكم في القتل بشهادة فاسقين أو كافرين أو عبدين أو يحكم باجتهاده ثم تبين أنه خالف النص.

(نص) عليه في رواية ابن منصور: إذا أخطأ الإمام في قتل أو جرح فعلى بيت المال، واحتج بحديث علي- رضي الله عنه- في حد الخمر[١].

ونقل أبو النضر فيمن شهد عليه أنه زنا فلم يسأل القاضي عن إحصانه حتى رجمه فالدية في بيت المال.

والرواية الثانية: يكون على عاقلته، نقلها ابن منصور في موضع آخر. واحتج بقصة عمر- رضي الله عنه- التي أنفذ إليها فأجهضت ذا بطنها[٢]

(١) سيأتي في المسألة التي بعد هذه.

(٢) سنن البيهقي كتاب الإجارة باب الإمام يضمن والمعلم يضمن من صار مقتولا بتعزير الإمام ١٢٣/٦.

ونقلها أبو طالب: إذا أنفذ الإمام إلى إمرأة فأسقطت فالدية على عاقلته وقد ذكر حديث عمر.[1]

وجه الرواية الأولى: وهو اختيار الخرقي- رحمه الله- أن الإمام وكيل المسلمين وما كان من خطأ الوكيل كان في حق موكله، ولأنه إذا كان عمداً فالضمان في مال القاتل، وإن كان قد أخطأ تحولت الدية عنه إلى عاقلته حفظاً للمال واحتياطاً للدماء لأنا لو أوجبناها في ماله ذهب ماله فمتى أخطأ سقطت الدية فإذا كانت على العاقلة لم يذهب أموالهم ولم تهدر الدماء، فإذا كان لهذا المعنى في غير الإمام وجب أن يكون في حق الإمام في بيت المال لأن خطأه يكثر فإنه يقيم الحدود ويضرب في التعزير، فلو أوجبناها على عاقلته أفضى إلى الإجحاف بأموالهم وهدر الدماء، فلهذا كان في بيت المال.

ووجه الثانية: ما احتج به أحمد- رحمه الله- من إجماع الصحابة روي أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء فأرسل إليها فأجهضت ذا بطنها فاستشار الناس في ذلك فقال له عبد الرحمن بن عوف لا شيء عليك فقال لعلي: ما تقول. فقال: ان اجتهدوا فقد أخطأوا، وان علموا فقد غشوك، عليك الدية. فقال له عمر: عزمت عليك لا تقوم حتى تقسمها على قومك يعني على قومي[2] فأضافهم إليه تألفا. ثبت أن خطأ الإمام على عاقلته وروى عن علي خلاف هذا[3].

روي أن علياً قال له في حد الخمر: إذا تلف المحدود منه كان في بيت المال[4] ولأنها دية خطأ ثبت بالبينة فوجب أن تكون على عاقلته، أصله غير الإمام، وفيه احتراز من العمد والاعتراف.

(١) الأثر المتقدم في المسألة نفسها.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي كتاب الإجارة باب الإمام يضمن والمعلم يضمن من صار مقتولا بتعزير الإمام ١٢٣/٦.

وفي كتاب الديات باب العاقلة التي تضمن ١٠٧/٨: ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لعلى رضي الله عنه في جناية جناها عمر: عزمت عليك لما قسمت الدية على بني أبيك فقسمها على قريش) ولم يذكر القصة.

وكتاب الأشربة باب الشارب يضرب زيادة على الأربعين فيموت ٣٢٢/٨.

(٣) الأثر الآتي بعد هذا في نفس المسألة.

(٤) صحيح البخاري كتاب الحدود باب الضرب بالجريد والنعال ١٧١/٤ بلفظ (ما كنت لا قيم=

مقدار التعزير:

٤٣- مسألة: في مقدار التعزير.

فنقل عبد الله وأبو الحارث وأبو طالب وابن منصور فيمن وجد مع امرأته رجلاً فقال علي- كرم الله وجهه- يجلد مائة[(١)].

قال أحمد وعلي: مذهبنا لا يجلد مائة إلا في الحد وعليه التعزير. وكل من يكن عليه حد قائم بعينه فعليه تعزير، والتعزير عشر جلدات حديث أبي بردة[(٢)]

فظاهر هذا أن قدر التعزير عشر جلدات في سائر الأشياء فيما كان موجبه معصية بفرج وبغير فرج.

ونقل أبو طالب وأبو الحارث والميموني في رجل يطأ جارية بينه وبين شريكه: يجلد مائة، إلا سوطاً كذا قال سعيد بن المسيب وذهب إلى حديث عمر[(٣)]. فظاهر هذا أنه كان موجب التعزير معصيته بالفرج انه يزيد على عشر جلدات ما لم يبلغ به الحد في ذلك الجنس.

وقال في رواية الأثرم: إذا وطيء جارية امرأة وقد أحلتها له جلد مائة، فظاهر هذا أنه يبلغ به أعلى الحدود في ذلك الجنس.

= حدا على أحد فيموت فأجد في نفسي الا صاحب الخمر فانه لو مات وديته)- وصحيح مسلم كتاب الحدود باب حد الخمر ١٣٣١/٣ حديث ١٧٠٧ بلفظ (ما كنت أقيم على أحد حدا فيموت فيه فأجد منه في نفسي الا حد الخمر لأنه لو مات وديته لأن رسول الله ﷺ لم يسنه).

وسنن أبي داود كتاب الحدود باب إذا تتابع الناس في شرب الخمر ٦٢٦/٤ حديث ٤٤٨٦ بنحو من لفظ البخاري ومسلم.

وسنن ابن ماجه كتاب الحدود باب حد السكران ٨٥٨/٢ حديث ٢٥٦٩.

والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الحدود باب الشارب يضرب زيادة على الأربعين ٣٢١/٨ و٣٢٢.

(١) مصنف عبد الرزاق كتاب النكاح باب الرجل يوجد مع المرأة في ثوب أو بيت ٤٠١/٧ رقم ١٣٦٣٥ من فعل علي لا من قوله.

(٢) سيأتي في المسألة نفسها.

(٣) مصنف عبد الرزاق في القذف والرجم باب الأمة فيها شركاء يصيبها بعضهم ٣٥٨/٧ حديث رقم ١٣٤٦٦.

وقال الخرقي ولا يبلغ[1] بالتعزير ادنى[2] الحدود فظاهر هذا أنه يزيد على عشر جلدات ما لم يبلغ أدنى الحدود وهو أربعون.

وقد أومأ إليه أحمد في رواية صالح فقال حدثني أبي:حدثنا وكيع:حدثنا سفيان عن عطاء بن أبي مروان أن علياً ضرب النجاشي ثمانين ثم أخرجه من الغد فضربه عشرين وقال:هذا لتجرئك على الله وافطارك في رمضان[3]. قال أبي: اذهب إليه فقد أخذ أحمد بحديث علي- عليه السلام- في التعزير.

(وجه) الأولى في أنه يتقدر أكثره بعشر جلدات لا يزاد عليها ما روى أبو بردة بن نيار أن النبي- ﷺ- قال: لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله- عز وجل[4]- وهذا نص.

وروي عن النبي- ﷺ- أنه قال: «من بلغ بحد في غير حد فهو من المعتدين»[5]. ولأن العقوبات في الأصول تختلف باختلاف الاجرام ووجدنا أن جرم الواطىء دون الفرج أقل من جرم الواطىء في الفرج كذلك جرم

---

(١) في الأصل (ولا يبالغ) وهو خطأ.

(٢) في الأصل (ادناه الحدود) وهو خطأ.

(٣) مصنف عبد الرزاق كتاب الأشربة باب الشرب في رمضان وحلق الرأس ٢٣١/٩ حديث ١٧٠٤٢- وفي القذف والرجم والاحصان باب من شرب الخمر في رمضان ٣٨٢/٧ حديث ١٣٥٥٦.
وكتاب الحدود باب لا يبلغ بالحدود العقوبات ٤١٣/٧ رقم ١٣٦٧٧.
وسنن البيهقي كتاب الأشربة باب ما جاء في عدد حد الخمر ٣٢١/٨،

(٤) صحيح البخاري كتاب المحاربين باب كم التعزير ١٨٣/٤.
وصحيح مسلم كتاب الحدود باب قدر اسواط التعزير ١٣٣٢/٣ حديث ١٧٠٨.
وسنن أبي داود باب التعزير ٦٢٩/٤ حديث ٤٤٩١.
وسنن ابن ماجه كتاب الحدود باب التعزير ٨٦٧/٢ حديث ٢٦٠١.
وسنن الترمذي أبواب الحدود باب ما جاء في التعزير ١٢/٣ حديث ١٤٨٨.
وسنن الدارمي كتاب الحدود- باب التعزير في الذنب ١٧٦/٢.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الأشربة باب ما جاء في التعزير ٣٢٧/٨ و٣٢٨.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي كتاب الأشربة باب ما جاء في التعزير ٣٢٧/٨ ومجمع الزوائد للهيثمي كتاب الحدود باب فيمن جلد حدا في غير حد ٢٨١/٦.

المفتري في السب أقل من جرم المفتري بالقذف فيجب أن لا يبلغ عقوبة الأخف عقوبة الأغلظ.

ووجه الثانية: ما روى النعمان بن بشير عن النبي - ﷺ - في الذي يأتي جارية امرأته قال: ان كان أحلتها له جلد مائة جلدة وان لم يكن أحلتها رجم[١] فأسقط الحد عنه وأوجب التعزير مائة.

وروى أن معن بن زائدة زوّر على عمر كتاباً فجلده مائة فشفع إليه في أمره فجلده مائتين[٢].

وقد روى عنه خلاف هذا روي أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: لا تبلغ بالتعزير أدنى الحد[٣].

وروى هشام بن عروة عن أبيه أن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب جاء إلى عمر بأمة كانت لحاطب وقد أصابت فاحشة وقد أحصنت فدعاها فسألها فقالت: نعم مرعوش بنت همين فقال عمر لعلي وعثمان وعبد الرحمن وهم جلوس عنده: أشيروا علي فقال علي وعبد الرحمن: ترجم فقال لعثمان أشر فقال: قد أشارا عليك فقال له: عزمت عليك فقال عثمان: اني لا أرى الحد إلا على من علم وأراها تستهل به كأنها لا ترى به بأساً فقال عمر: صدقت والذي نفسي بيده ما الحد إلا على من علم فضربها مائة وغربها عاماً[٤].

وروى ابن أبي ليلى قال: وجد رجل مع امرأة في لحافها على فراشها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فضربه أربعين[٥].

---

(١) تقدم في عقوبة من وقع على جارية امرأته المسألة رقم (٢٤).

(٢) لم أجده.

(٣) مصنف عبد الرزاق كتاب النكاح باب لا يبلغ بالحد العقوبات ٤١٣/٧ رقم ١٣٦٧٤.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي - كتاب الحدود - باب درء الحدود بالشبهات ٢٣٨/٨.

(٥) لم أجده من فعل عمر، وفي مصنف عبد الرزاق باب الرجل يوجد مع المرأة في ثوب أن ابن مسعود أتى برجل وجد مع امرأة في لحاف فجلد كل واحد منهما أربعين سوطا فقال له عمر: نعما ما رأيت، وفيه أن عمر جلد كل واحد منهما مائة جلدة ٤٠١/٧ رقم ١٣٦٣٦ و١٣٦٣٩.

وروى عطاء بن أبي مروان ان علياً اتى بالنجاشي وقد شرب الخمر فجلده ثمانين وعشرين لافطاره في رمضان[1] فقال النجاشي:

إذا سقا الله قوماً صوب غلائه فلا سقا الله أهل الكوفة المطرا
ضربوني ثم قالوا قـــــدر قـــدر الله لهم شر القـــدر

وروي عن علي أنه أصاب رجلاً مع امرأة في لحاف واحد فضربها مائة[2].

القصاص على قاتل من وجده يزني بامرأته:

٤٤- **مسألة:** إذا وجد مع امرأته رجلاً ينال منها ما يوجب الحد على الزاني وكان الزاني ثيباً، فقتله وادعى ذلك لم يقبل قوله في إسقاط القود في الظاهر وهو ساقط عنه فيما بينه وبين الله تعالى لما روى أبو هريرة أن سعدا قال:يا رسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتى بأربعة شهداء، فقال رسول الله- ﷺ-:نعم[3] فثبت أنه ان لم يأت بأربعة شهداء فعليه الضمان فإن أقام البينة فهل يجزىء في ذلك شاهدان أم أربعة؟.

نقل ابن منصور عنه في رجل وجد مع امرأته رجلاً فقتله فقال:إذا جاء بشهود أنه وجده مع امرأته في بيته هدر دمه وإن كان شاهدين فظاهر هذا أنه يجزىء في ذلك شاهدان.

ونقل أبو طالب فيمن وجد مع امرأته رجلاً فقتله:يقيم البينة أربعة لأنه قذفها فإن شهد أربعة رجمت وإن شهد اثنان جلدوا فظاهر هذا أنه لا يجزىء في ذلك أقل من أربعة يثبتون الزنا، فإن شهد اثنان لم يسقط القود عنه لأنه

---

(١) تقدم تخريجه في المسألة نفسها .

(٢) مصنف عبد الرزاق كتاب النكاح- باب الرجل يوجد مع المرأة في ثوب واحد أو بيت ٤٠١/٧ رقم ١٣٦٣٥.
وتقدم في نفس المسألة.

(٣) صحيح مسلم كتاب اللعان ١١٣٥/٣ حديث ١٤٩٨.
وموطأ مالك كتاب الحدود باب ما جاء في الرجم ٨٢٣/٢.
وسنن أبي داود كتاب الديات باب من وجد مع أهله رجلا يقتله ٦٧٠/٤ حديث ٤٥٣٢ و٤٥٣٣.

مدعي انه قتله بسبب يستحق القتل وهو الزنا فيجب أن يثبت السبب الذي يسقط به القود عنه وذلك لا يثبت بأقل من أربعة.

ووجه من قال: يجوز في ذلك شاهدان فوجهه أنه لا يمتنع أن يقصد تثبيت الزنا بمعنى يرجع إلى حقه وان كان ذلك الشيء مما لا يثبت به الزنا، ألا ترى أن الزوج إذا قذف زوجته ولاعنها فإنه يقصد باللعان اثبات الزنا عليها والزنا لا يثبت بذلك عليها على أصلنا ولكن يسقط عنه حد القذف، لأنه معنى يرجع إلى حقه كذلك هاهنا لا يمتنع أن يثبت الزنا بشاهدين المعنى يرجع إلى إسقاط القود وإن لم يثبت به الزنا لأن القتل لما جاز ان يثبت بشاهدين جاز ان يسقط بشاهدين ولأن الشهادة تضمنت حقا لآدمي فقط وهو إسقاط القود عنه وذلك أنه إن ثبت زناها سقط القود عنه وهو حق كان استيفاؤه للورثة ولو ثبت القود فهو حق لهم وحقوق الآدميين ثبتت بشاهدين ولأنه لما قال: فقتله لأنه زنا فقد وصل الإقرار بمعنى لا يؤدي إلى التناقض فكان يجب أن لا يلزمه إقامة البينة على ذلك لأنه وصل الإقرار بما يسقطه وهو أنه قتله بحق فهو كما لو قال: كان له فقضيتها لا يلزمه شيء لكن كلفناه البينة هاهنا احتياطاً للدماء فيجب ان يجزى في ذلك شاهدان.

جنايات البهائم ونحوها[1]

ضمان سائق الدابة لجناية يدها أو رجلها:

٤٥- **مسألة**: إذا جنت الدابة برجلها أو بيدها وصاحبها يسوقها فهل يضمن بتلك الجناية أم لا؟.

فالمنصوص عنه في رواية أبي طالب: الضمان لأنه قال: والذي يسوقها فما أصابت برجلها أو بيدها فهو ضامن لما اصابت.

وقال الخرقي: وما جنت الدابة بيدها ضمن راكبها وإن جنت برجلها لم يضمن وكذلك إذا ساقها أوقادها فجعل حكم الراكب والقائد في نفس الضمان (كحكم السائق).

ووجه قوله: انها جناية برجلها فلم يضمنها دليله لو كان راكباً أو قائداً ووجه ما نقله أبو طالب وهو أصح أنه إذا كان سائقاً أمكنه الحفظ منها لأنه يشاهد ذلك فهو الكراكب يضمن جناية يدها لأنه يمكنه التحفظ منها ويفارق هذا الراكب والقائد أنه لا يضمن جناية الرجل لأنه لا يمكنه التحفظ منها لعدم المشاهدة فلهذا لم يضمنها.

ضمان جناية الدابة الموقوفة في الطريق:

٤٦- **مسألة**: إذا وقف دابة في طريق المسلمين فنفخت بيدها أو برجلها أو كدمت بفمها هل يضمن صاحبها إذا لم يكن يده عليها؟.

---

(١) في الأصل (ونحوه) ولعله سهو من الناسخ.

فنقل أحمد بن سعيد:إذا وقف على نحو ما يقف الناس أو في موضع يجوز أن يقف في مثله فنفخت بيدها أو برجلها فلا شيء عليه فإذا كانت مشدودة في قطار فيه عدة أبعرة فضربت احداها برجلها وليس عليها إنسان فلا شيء عليه إنما ذلك إذا كان راكباً عليها .فظاهر هذا أنه لا ضمان عليه إذا كان واقفاً لحاجة وكان الطريق واسعاً .

ونقل أبو الحارث:إذا أقام دابته في الطريق فهو ضامن لما جنت ليس له في الطريق حق .

وكذلك نقل أبو طالب:إذا شد فرسه في الطريق فعض رجلاً يضمن.فظاهر هذا ان عليه الضمان .

وجه الأولى: أن وقوفه في الطريق الواسع يجري مجرى جلوسه في الطريق الواسع ثم ثبت أنه لو جلس في الطريق الواسع فعثر به إنسان فمات العاثر فلا ضمان على الجالس كذلك هاهنا .

ووجه الثانية: ان الدابة من طبعها أنها ترفس برجلها من قرب منها وتجني عليه فإذا أوقفها في الطريق حصل متعدياً بذلك فكان عليه الضمان كما لو شد سبعاً في الطريق فافترس إنساناً فعليه الضمان كذلك هاهنا .

ويفارق هذا جلوسه في الطريق أنه ليس من طبعه الجناية على من قرب منه فلهذا لم يضمن .

فإن ألقى في الطريق حجراً أو نصب سكيناً فعثر به إنسان فمات ضمن سواء كان الطريق واسعاً أو ضيقاً لأن الحجر والسكين قل ما عثر به إنسان إلا عقره وجرحه فحصل متعدياً بذلك .

ويفارق الدابة على رواية أحمد بن سعيد أنه لا يضمن لأنها قد يجني فخرج من هذا أنه إذا جلس في طريق واسع فعثر به إنسان فمات العاثر لا يضمن رواية واحدة ، فإن ألقى حجراً أو سكيناً فعثر بها إنسان ضمن ، رواية واحدة ، فإن شد دابة فجنت ، فعلى روايتين .

كتاب السير

ويشمل على الموضوعات التالية:

الأول :الغزو عن غير إذن الإمام .
الثاني : الغنيمة.
الثالث : الأمان .
الرابع : الغلول .
الخامس : أموال المسلمين التي يظهر عليها المشركون ثم تسترد منهم.
السادس : فتح مكة .
السابع : السبي .
الثامن : الأراضي المغنومة .
التاسع : الجزية .
العاشر : معابد أهل الكتاب .
الحادي عشر : أحكام أهل الذمة .

الغزو بغير إذن الإمام:

١ - مسألة: ويكره لطائفة قليلة ان تغزو بغير إذن الإمام لأنه أعرف بالطرقات وأوقات الحرب، ومكان الحرب، وخلاف غيره لاهتمامه بذلك فإن كان بإذنه أرشدهم وهداهم إلى ما هو أصوب فإذا تركوا الأصوب كره لهم ولأنه إذا كان بإذنه كان ردءاً لهم وعلى خبرتهم حتى إذا احتاجوا إلى مدد بادر به إليهم وإذا لم يكن بإذنه لم يعلم بهم فربما نالهم ما لا طاقة لهم به فهلكوا فإن خالفوا وخرجوا فهل يحرم عليهم تلك الغنيمة أم لا؟.

نقل محمد بن يحيى الكحال: من غزا بغير إذن الإمام لم يكن له في الغنيمة حق. فظاهر هذا أنه أحرمه الغنيمة.

ونقل يعقوب بن بختان في رجل غزا وحده وغنم: يؤخذ منه الخمس وما بقي فهو له.

ونقل مهنا فيمن دخل أرض العدو وحده غنم غنيمة قال: ليس عليه فيها خمس فظاهر هذا أنه لا يحرم عليه.

إلا أن يعقوب نقل أنه يخمس ومهنا نقل ان جميعه له.

وجه الأولى: أنا قد ذكرنا ما في ذلك من الغرر بهم والخطر فجاز أن يحرموا هذه الغنيمة ليكون منعا لهم عن مثل ذلك كما حرم القاتل الميراث.

ووجه الثانية: أن أكثر ما فيه التغرير بالنفس فيما فيه لقاء العدو، وهذا لا يحرم، بدليل ما روي عن النبي - ﷺ - أن رجلاً قال: يا رسول الله، أرأيت لو

انغمست في المشركين فقتلت صابراً محتسباً فلي الجنة قال نعم فانغمس[1] وبعث رسول الله- ﷺ- عمرو بن أمية الضمري ورجلاً آخر إلى مكة ليقتلا أبا سفيان فغدر بهما فانصرفا[2] وبعث عبد الله بن أنيس إلى رجل فقتله[3] وقال: من لكعب بن الأشرف فقد أذى الله ورسوله قال محمد بن مسلمة: أنا، فمضى فقتله[4].

وبعث جماعة إلى أبي الحقيق اليهودي إلى خيبر فقتلوه[5]. وكل هذا تغرير وقد أجازه.

فإذا قلنا: إنهم لا يحرمون تلك الغنيمة فهل تكون مخموسة أم يكون جميعها لمن غنمها؟ على روايتين:

---

(١) لم أجد هذا الحديث، وقد بوب البيهقي المسألة بقوله (باب جواز انفراد الرجل والرجال بالغزو في بلاد العدو. استدلالا بجواز التقدم على الجماعة وساق في هذا الباب قصة الرجل الذي حمل على الروم وحده، والرجل الذي قال للرسول ﷺ يوم أحد يا رسول الله ان قتلت فأين أنا؟ قال: (في الجنة) فالقى ثمرات كانت بيده، ثم قاتل حتى قتل، وقصة عمير بن الحمام في بدر، وقصة عوف بن عفراء في بدر، وقصة الرجل الذي لما قتل اصحابه هجم على العدو حتى قتلوه واثنى عليه رسول الله ﷺ وقال لصاحبه هلا تقدمت حتى تقتل.
السنن الكبرى للبيهقي ٩/٩٩ و١٠٠.
وفي صحيح البخاري أن الزبير حمل على العدو يوم اليرموك حتى شق صفوفهم ثم رجع ٣/٦.

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد، سرية عمرو بن أمية الضمري ٢/٩٣.

(٣) سنن أبي داود كتاب الصلاة- صلاة الخوف باب صلاة الطالب ٢/٤١ حديث ١٢٤٩.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب صلاة الخوف باب كيفية صلاة شدة الخوف ٣/٢٥٦.

(٤) صحيح البخاري كتاب الجهاد والسير- باب الكذب في الحرب ٢/١٧٤.
وكتاب المغازي باب قتل كعب بن الأشرف ٣/١٧.
وصحيح مسلم كتاب الجهاد باب قتل كعب بن الأشرف ٣/١٤٢٥ حديث ١٨٠١.
وقد أشار إليه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الجزية- باب من لا تؤخذ منهم الجزية من أهل الأوثان ٩/١٨٣.
ومجمع الزوائد كتاب المغازي- باب قتل كعب بن الأشرف ٦/١٩٥.

(٥) صحيح البخاري كتاب الجهاد والسير باب قتل النائم المشرك ٢/١٧٣.
وكتاب المغازي باب قتل أبي رافع عبد الله بن أبي الحقيق ٣/١٨.
ومجمع الزوائد للهيثمي كتاب المغازي باب قتل ابن أبي الحقيق ٦/١٩٧.

نقل يعقوب بن بختان فيمن غزا وحده: يخمس وله ما بقي.

ونقل مهنى: ليس عليه فيها خمس.

وجه الأولى: وهو عموم قوله تعالى: «واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذى القربى»[1].

وهذه غنيمة ولأنه مال استحق بالقهر فوجب أن يخمس دليله لو كان بإذن الإمام وطائفة لها منعه ولا يدخل عليه السلب لأنه استحق بالقتل لا بالقهر بدليل أنه لو سلبه قهراً ولم يقتله لم يستحق السلب.

ووجه الثانية: أن ما أخذ من دار الحرب على طريق التلصص ولم يقصد به اعزاز الدين وغلبه المشركين فهو له كما لو أخذ بهبة أو شرب ويفارق هذا إذا كان بإذن الإمام فطائفة لها منعة إن ذلك يقصد به اعزاز الدين وغلبة المشركين.

رد الطعام إلى المغنم:

٢ - مسألة: إذا دخل جيش المسلمين إلى دار الحرب فأصابوا طعاماً كان لهم أكله فإن خرج إلى دار الإسلام ومعه بقية من ذلك الطعام فهل عليه رده إلى المغنم إذا كان يسيراً أم لا؟

على روايتين: نقل ابن إبراهيم يحل له أكله ما لم يبلغ المأمن فإذا بلغ المأمن طرحه في المقسم. فظاهر هذا أن عليه رده.

ونقل أبو طالب في الطبخة والطبختين من اللحم والعليق والعليقتين من الشعير يدخله طرسوس: لا بأس به إذا كان قليلاً. فظاهر هذا أنه لا يلزمه رده ولا يختلف الرواية أنه إذا كان كثيراً لزمه رده.

وجه الأولى: وهو اختيار أبي بكر الخلال أنه إنما كان أحق به في دار الحرب لموضع الحاجة الداعية إليه والضرورة الموجبة لذلك وقد زال هذا بدخوله دار الإسلام فوجب أن يرد في المغانم.

---

(١) سورة الانفال (٤١).

ووجه الثانية: أنه كل مال كان به في دار الحرب كذلك في دار الإسلام دليله السلب.

استعمال السلاح أو الفرس من الغنيمة في القتال:

٣- مسألة: إذا كان به حاجة إلى القتال بشيء من سلاح الغنيمة جاز له أن يأخذ ويقاتل فإذا فرغ رده إلى المقسم وهل يجوز له أن يجاهد على فرس من خيل الفيء عند الحاجة إليها؟

ففيه روايتان: نقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث في الرجل يأخذ الفرس في الغزو فيقاتل عليها العدو فقال:إذا كان عند الضرورة ويخاف على نفسه فلا بأس ولا يركبه في غير ذلك. فظاهر هذا جواز ذلك.

ونقل المروذي عنه:لا يأخذ الدابة من المغنم ليقاتل عليها إذا نفق فرسه ولكن إن أخذ السيف فلا بأس وكذلك كل شيء من السلاح.

ووجه الأولى: أن الفرس جنة للقتال كما أن السلاح جنة للقتال ثم قد جاز له أخذ السلاح كذلك الفرس.

ووجه الثانية: أن الفرس في الغالب أنه يعطب بالقتال عليه ففي أخذه تغرير به.

ويفارق هذا السلاح لأن الغالب منه السلامة وليس في أخذه تغرير به فلهذا فرقنا بينهما.

استرقاق العرب من أهل الكتاب:

٤- مسألة: هل يجوز استرقاق مشركي العرب من أهل الكتاب أم لا؟

نقل بكر بن محمد عن أبيه عنه وقد سئل عن قول عمر: ليس على عربي ملك[١]، قال: لا أذهب إلى هذا قد سبى النبي- ﷺ- العرب في غير

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي كتاب السير باب من يجري عليه الرق ٩/٧٣ و٧٤.

حديث[١]، وأبو بكر سبى بني ناجية حين ارتدوا،[٢]، فظاهر هذا جواز استرقاقهم.

ونقل ابن منصور انه سئل عن قول عمر في العربي يتزوج الأمة فولدت لا يسترقون يفديهم[٣]. قال:لا أقول في العرب شيئاً فقد اختلفوا فيه. فقد توقف عن ذلك فيحتمل الجواز.

قال شيخنا أبو عبد الله:في ذلك روايتان:

احداهما: جواز استرقاقهم لأنه مقيم على الكفر الأصلي فإذا كان من أهل الكتاب جاز استرقاقهم كالعجمي.

ووجه الثانية: ما روي عن عمر أنه قال:لا يجري على عربي ملك[٤]. فأما من لا كتاب له من العرب والعجم جميعاً ممن يعبد الأصنام والشمس والقمر ونحو ذلك فهل يجوز استرقاقهم أم لا؟

فقال أبو القاسم والخرقي في مختصره:إنما يكون له استرقاقهم إذا كانوا من أهل الكتاب أو مجوساً فأما ما سوى هؤلاء من العدو فلا يقبل من بالغي رجالهم إلا الإسلام أو السيف أو الفداء. فقد صرح أنه لا يجوز استرقاقهم وقد أطلق القول في رواية بكر بن محمد فقال:قد سبى النبي - ﷺ - العرب[٥] وأبو

---

(١) صحيح البخاري- كتاب المغازي- باب غزوة بني المصطلق من خزاعة ٣٧/٣.
وباب قول الله تعالى: (ويوم حنين إذ اعجبتكم كثرتكم) ٦٦/٣ و٦٧.
وصحيح مسلم- كتاب الجهاد- باب جواز الإغارة على الكفار الذين بلغتهم الدعوة ١٣٥٦/٣ حديث ١٧٣٠.
وسنن أبي داود كتاب الجهاد باب فداء الأسير ١٤١/٣ حديث ٢٦٩٣.
والسنن الكبرى للبيهقي كتاب السير باب من يجري عليه الرق ٧٣/٩ و٧٤ و٧٥.
وسنن الدارقطني في السير ١١٢/٤- والفتح الرباني كتاب السير باب في المن على وفود هوازن ٥٦/١٤ حديث ٢٨٣.

(٢) لم أجده.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي باب من يجري عليه الرق ٧٣/٩ و٧٤ عن سعيد بن المسيب.

(٤) تقدم في نفس المسألة.

(٥) تقدم في المسألة نفسها.

بكر سبى بني ناجية[1]، فالوجه في أنهم لا يسترقون أنه نوع كفر لا يقر عليه بالجزية فلم يجز استرقاقه كالردة. ولأنه ضرب من الصفار يقتضي البقاء على الكفر فلم يثبت في حق من لا كتاب له ولا شبهة كتاب كالجزية.

ووجه من أجاز، قال: كافر مقيم على الكفر الأصلي فجاز استرقاقه كأهل الكتاب وكل من جاز استرقاق نسائه جاز استرقاق رجاله دليله أهل الكتاب.

امان الصبي المميز:

٥- **مسألة:** في الصبي إذا كان يعقل ويميز هل يصح أمانة أم لا؟

نقل الميموني عنه: أمان الصبي جائز، فظاهر هذا جوازه.

ونقل حنبل وابن منصور عنه: الصبي لا يعقل.فظاهر هذا أنه لا يصح أمانة.

قال شيخنا أبو عبد الله: المسألة على روايتين:

وقال أبو بكر الخلال:إن كان ابن سبع سنين وعقل التخيير بين أبويه فأمانه جائز، وان كان دون ذلك فليس له أمان.فكأنه حمل المسألة على اختلاف حالين فالموضع الذي قال:لا يصح أمانه إذا لم يكن مميزاً والموضع الذي قال:يصح أمانه إذا كان مميزاً.

وجه الأولى: أنه يعقل الأمان فجاز أمانه كالبالغ ولأنها حالة فيها إسلامه فصح أمانه دليله حال البلوغ.

ووجه الثانية: قوله- عليه السلام- رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم[2] ولأنه غير مكلف فلم يصح أمانه كالمجنون والطفل.

التباس من أعطى الأمان بغيره:

٦- **مسألة:** إذا نزل الإمام بحصن فأعطى رجلاً الحصن أمانا ليفتح الحصن

(١) تقدم في المسألة ولم أجده..

(٢) تقدم في الطلاق طلاق الصبى المسألة ٩٥.

فلما فتحه ادعى كل واحد منهم أن الأمان له وأشكل عليه عينه لم يجز قتل واحد منهم لأن هذه شبهة لأن كل واحد منهم يحتمل أن يكون ما يدعيه حقاً.

وكذا يجري في رجل أبيح دمه بالردة أو غيرها فاختلط برجال ولم يعرف عينه فإن القتل يسقط عن جميعهم، فإذا لم يقتل واحد فهل يخرج واحد منهم بالقرعة ويسترق بقيتهم.

قال أبو بكر: من أصحابنا من قال: يقرع بينهم فيميز الحر منهم وهو صاحب الأمان من غيره ويسترق من لم يقع عليه القرعة كما لو أعتق عبداً من عبيده لا يعينه فإنه يميز من جماعتهم بالقرعة كذلك هاهنا.

قال: وظاهر كلام أحمد أنه لا يسترق واحد منهم، لأنه قال في رواية أبي طالب وأبي داود وإسحاق بن إبراهيم في قوم في حصن: استأمن عشرة وترك عشرة. فيقولون لنا الأمان: فيؤمنون كلهم ولا يقتل واحد منهم بل هم على أصل الجزية، فلا معنى لاستعمال القرعة في ذلك.

ادعاء الأسير للأمان:

٧- **مسألة**: في رجل من المسلمين جاء معه بأسير من الكفار وادعى الكافر أنه أمنه وأنكر المسلم هل يكون القول قول الأسير أم قول المسلم؟.

على ثلاث روايات:

نقل المروذي عنه في رجل جاء بأسير فقال: استرقوه فقال العلج: قد أعطاني الأمان: فله الأمان، فظاهر هذا القول قول الأسير لأنه يحتمل صدقه ويحتمل كذبه فكان شبهة في ذلك فلهذا قبل قوله.

ونقل محمد بن يحيى الكحال ويعقوب بن بختان في الأسير يخرج من بلاد الروم ومعه علج فقال العلج: إنما خرجت به، وقال الأسير: إنما خرجت به ففي رواية الكحال الأولى أن يقبل قول المسلم، وفي رواية يعقوب إذا كان الرجل صالحاً لم يقبل قول العلج، فظاهر هذا القول قول المسلم، لأنه وإن كان يحتمل ما قاله الأسير فالأصل الإباحة لدمه ورقه فلا يسقط بالشك.

ونقل بكر بن محمد عن أبيه عنه إذا لم يكن ثم دلالة تدل على ما قال

الرومي فالقول قول المسلم، فظاهر هذا ان كان ظاهر الحال يدل على صدق الأسير وهو أن يكون به قوة ومعه سلاح وبه جلد فالقول قوله لأن الظاهر يحتمل ما قاله. وإلا لم[1] يقدر عليه ويطاوعه إلى الأسر إلا بأمان، وإن كان بخلاف ذلك بأن يكون[2] بلا سلاح فالقول قول المسلم لأن الظاهر أنه أخذه قهراً. قال أبو بكر: وبما روى المروذي أقول، لأنه شرف للمسلمين ويمنع من رجوعه إلى دار الحرب إذا كان يخشى منه لشدة بأسه، قال ولو قال قائل: ويفدي نفسه لكان جائزاً على مذهبه.

عقوبة الغال من الغنيمة:

٨- **مسألة:** إذا غل من الغنيمة فهل يحرم السهم أم لا؟

نقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث: قد قالوا: يحرم سهمه من الغنيمة ويضرب. فظاهر هذا انه لم ينكر ذلك.

ونقل ابن منصور عنه: يحرق رحله قيل له فيحرم نصيبه من المغنم؟ فلم يعرفه، فظاهر هذا أنه لم يأخذ ذلك.

وجه الأولى: أنه سرق من مال له فيه شبهة فلم يحرم حقه منه دليله لو سرق من مال من له عليه دين وكأحد الورثة إذا سرق من التركة وأحد الشريكين إذا سرق من مال الشركة ولأن النبي - ﷺ - قال يحرق رحله[3]. ولم يقل يحرم سهمه فدل على أن جملة ما يعاقب به تحريق الرحل.

ووجه الثانية: انه تعجل حقه قبل وقته فيجب أن يحرمه دليله القاتل

---

(١) في الأصل (وان لم).

(٢) في الأصل (ان يكون).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي كتاب السير باب من قال لا يقطع من غل من الغنية ولا يحرق متاعه ومن قال لا يحرق ١٠٢/٩.
وسنن أبي داود كتاب الجهاد باب في عقوبة الغال ١٥٧/٣ حديث ٢٧١٣.
وسنن الترمذي- أبواب الحدود باب ما جاء في الغال ما يصنع به ١١/٣.
حديث ١٤٨٦- وسنن الدارمي كتاب الجهاد باب عقوبة الغال ٢٣١/٢.
والفتح الرباني كتاب الجهاد ابواب قسم الغنائم- تحريم الغلول ٩٣/١٤ حديث ٢٧٥.

يحرم الميراث لهذه العلة. قال أبو بكر :وقد روي في بعض الحديث: ويحرم سهمه[1]. وان صح الحديث فالحكم له وإلا فلا يحرم سهمه.

أموال المسلمين التي يستولي عليها الكفار ثم تسترد منهم:

٩ - مسألة: إذا ظهر أهل الحرب على المسلمين وسبوا أموالهم وحازوها إلى دار الحرب ملكوها بالقهر والإحازة فإن ظهر عليها المسلمون بعد ذلك فمن وجد عين ماله قبل القسمة فهو له ومن وجده بعد القسمة فهل يكون أحق به بالقيمة أم لا حق له فيه؟.

على روايتين: نقل أبو طالب وأحمد بن القاسم وسندي: ما أحرزه العدو من المسلمين وأخذه المسلمون فأدركه صاحب المال قبل أن يقسم فهو أحق به وإذا قسموا فلا شيء له، فظاهر هذا أنه لا حق له فيه بحال لا بالقيمة ولا بغيرها.

ونقل إسحاق بن إبراهيم في العبد يأبق والفرس يشرد فيصير في بلاد الروم فيؤخذ: فإنه يصير إلى المولى ما لم يقسم فإذا قسم فهو أحق به بالثمن. فظاهر هذا أن الرجوع فيه بالقيمة.

وقد نقل الخرقي الروايتين.

وجه الأولى: ما روى سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن رسول الله- ﷺ- قال من أدرك ماله قبل أن يقسم فهو أحق به وإن أدركه بعد ان قسم فليس له شيء[2].

وهذا يمنع الرجوع بالقيمة وغيرها ولأنه ما زال ملكه عنه فلم يكن أحق به بالثمن كما لو أسلم الكافر وهو معه وفي يده وكما لو زال ملكه عنه ببيع أو هبة فإنه لا يكون أحق به بالثمن.

ووجه الثانية: ما روى ابن عباس قال: جاء رجل إلى النبي - ﷺ - فقال: يا رسول الله اني وجدت بعيراً لي في المغنم فقال: اذهب فإن وجدته فخذه وإن

---

(١) سنن أبي داود كتاب الجهاد باب في عقوبة الغال ١٥٧/٣ حديث ١٧١٣.

(٢) سنن الدارقطني كتاب السير ١١٣/٤ و١١٤

وجدته وقد قسم أنت أحق به بالثمن إذا أردت[1]. وهذا نص.

وأنه لا يمتنع أن يكون مملوكاً لغيره ويكون أحق به، ألا ترى أن الوالد يرجع فيما وهب لولده وان كان الموهب له قد ملكه وكذلك الشفيع يأخذ الشقص المبيع ولا يمنع ذلك من حصول الملك للمشتري.

رد أم الولد إلى سيدها إذا أصابها المسلمون بعد أن استولى عليها الكفار:

١٠ - **مسألة**: فإن قهروا أم الولد فهل يملكونها بالقهر؟.

نقل بكر بن محمد عن أبيه عنه في أم الولد إذا كانت لرجل سباها العدو ثم أصابها المسلمون فقسمت ثم عرفها سيدها: فعلى السيد أن يفديها بالثمن الذي اشتراها به فظاهر هذا أنها قد ملكت عليه لأنه الزمه القيمة لمن حصلت في يده.

ونقل المروذي وعبد الكريم بن الهيثم في أم الولد يظهر عليها العدو ثم يظهر عليها المسلمون ترد إلى مولاها قسمت أو لم تقسم فظاهر هذا أنها لا تملك لأنه حكم بردها ولم يعتبر القيمة.

وجه الأولى: أنها تضمن بالقيمة فملكت بالقهر دليله المدبر وعكسه رقبة المسلم لما لم تضمن بالقيمة لم تملك بالقهر.

ووجه الثانية: أنها لا تملك بالبيع فلا تملك بالقهر دليله رقاب المسلمين.

رد العبد إلى سيده إذا أبق إلى بلاد الكفار ثم ظفر به المسلمون:

١١ - **مسألة**: فإن أبق العبد ودخل في دار الحرب وأخذه المشركون فهل يملكونه أم لا؟.

على روايتين: نقل إسحاق بن إبراهيم في العبد يأبق والفرس يشرد فيصير في بلاد الروم فيؤخذان فقال أحمد: كل هذا يصير إلى المولى ما لم يقسم فإذا قسم فهو أحق به بالثمن فظاهر هذا أنهم ملكوا ذلك.

(١) المرجع السابق كتاب السير ٤/١١٤ حديث ٣٩.
والسنن الكبرى للبيهقي - كتاب السير ما أحرزه المشركون باب من فرق بين وجوده قبل القسم وبين وجوده بعده ٩/١١١.

ونقل الفضل بن زياد في عبد أبق فلحق بالعدو: يرد إلى مولاه، وهو ملك لسيده. فظاهر هذا أنهم لم يملكوه، لأنه حكم به لسيده ولم يعتبر قيمة.

وجه الأولى: أنه مضمون بالقيمة حصل في يد أهل الحرب في دار الحرب فملكه دليله لو حصل في أيديهم بالقهر والغلبة.

ووجه الثانية: أنه إذا أبق وحصل في دار الحرب حصل في يد نفسه بدليل أنه لا يجوز بيعه وإذا لم يجز بيعه لم يملكوه على المسلمين كأم الولد وكرقاب المسلمين.

فتح مكة عنوة:

- **مسألة:** اختلفت الرواية في مكة هل فتحت صلحاً أم عنوة؟.

فنقل حنبل والميموني: أنه كره أجارة بيوت مكة لأنها فتحت عنوة دخلها النبي - ﷺ - بالسيف وعمر يقول: لا تمنعوا نازلاً بليل أو نهار[1]. فلم يجعل لهم ملكاً دون الناس. فظاهر هذا أنها فتحت عنوة. وقال أبو إسحاق بن شاقلا ومحمد بن إسحاق المقري: قال أحمد بن محمد بن مسلم وسعيد بن محمد الرفا قال: سألت أبا عبد الله عن فتح مكة قال دخلت صلحاً قلت: وأي شيء في ذلك حديث الزهري وهل ترك لنا عقيل من ربع[2].

وقال أبو بكر عبد العزيز: حدثنا أحمد بن محمد بن هارون قال: حدثني حرب قال: سمعت أحمد يقول: أرض العشر هو الرجل يسلم بنفسه من غير قتال وفي يده الأرض فهو عشر مثل المدينة ومكة.

قال أبو إسحاق: والمسألة على روايتين:

احداهما: أنها فتحها رسول الله - ﷺ - صلحاً ومعناه أن النبي - ﷺ -

---

(١) لم أجده.

(٢) صحيح البخاري - كتاب الجهاد، باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مال وأرضون فهي لهم ١٨٠/٢. وكتاب المغازي - باب أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح. ٦١/٣. وصحيح مسلم - كتاب الحج، باب النزول بمكة وتوريث دورها، ٩٨٤/٢، حديث ١٣٥١ - وسنن البيهقي - كتاب البيوع - باب ما جاء في بيع دور مكة، ٣٤/٦. وكتاب السير، باب فتح مكة ١٢٢/٩.

عقد لهم أماناً بشرط في غداة يوم الفتح فوجد الشرط فصاروا به آمنين على دمائهم وأموالهم.

والرواية الثانية: فتحها عنوة بالسيف ثم أمنهم بعد حصول الفتح.

وجه الأولى: وأنها فتحت عنوة وهي أصح ما روى الربيع بن أنس عن أبي العالية عن أبي بن كعب قال:لما كان يوم أحد قتل من الأنصار أربعة وستون، ومن المهاجرين ومثل بهم. فقال رسول الله - ﷺ -:لئن كان لنا مثل هذا لنربين عليهم.فلما كان يوم فتح مكة دخلها رسول الله - ﷺ - عنوة فقال رجل لا يعرف: لا قريش بعد اليوم قال رسول الله - ﷺ -:الأسود والأبيض آمن الا مقيس بن صبابة وابن خطل وقينتين[1] فأنزل الله تعالى:«وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين»[2]. فقال النبي - عليه السلام -:«نصبر ولا نعاقب»[3]. فمن الخبر أدلة:أحدها قوله:دخلها رسول الله عنوة.

والثاني: قول القائل:لا قريش بعد اليوم، والثالث قوله: الأسود والأبيض آمن الا فلان وفلان، فلو كان صلحاً لدخل مقيس ومن ذكر معه في الصلح، ولم يجز قتلهم، والرابع:قوله: نصبر ولا نعاقب.

وروى ابن عباس أن النبي - ﷺ - قال لأصحابه يوم الفتح:أترون أوباش

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ، وفي صحيح مسلم، كتاب الجهاد، باب فتح مكة ١٧٨٠/٨٦، أن رسول الله ﷺ قال: (من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى السلاح فهو آمن، ومن أغلق بابه فهو آمن). وفي سنن الدارقطني - كتاب البيوع ٥٩/٣ أن رسول الله ﷺ أمن الناس يوم فتح مكة إلا أربعة وامرأتين وقال: اقتلوهم وإن وجدتموهم متعلقين بأستار الكعبة، عكرمة بن أبي جهل، وعبد الله بن خطل، وقيس بن صبابة، وعبد الله بن أبي سرح). وفي سنن البيهقي - كتاب السير - باب فتح مكة ١١٨/٩ أن رسول الله ﷺ قال: (من دخل داره فهو آمن، ومن لقي سلاحه فهو آمن، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق بابه فهو آمن). وفي ص ١٢٠ أن رسول الله ﷺ بابه فهو آمن). وفي ص ١٢٠ أن رسول الله ﷺ أمن الناس إلا هؤلاء الأربعة فلا يؤمنون في حل ولا حرم، ابن خطل، ومقيس بن صبابة المخزومي، وعبد الله بن أبي سرح، وابن نقيذ.

(٢) سورة النحل (١٢٦).

(٣) مجمع الزوائد كتاب المغازي، باب غزوة أحد، ١٢٠/٦.

قريش احصدوهم حصداً وأمر احدى يديه على الأخرى[1] حتى ظنوا أن السيف لا يرفع عنهم وأنه بعث خالد بن الوليد على المجنبة اليمنى والزبير على اليسرى[2] وان خالداً قتل من أسفل مكة سبع عشرة نفساً حتى انهزموا[3] فقال قائلهم:

إنـــك لو شهـدت يوم الخندمـة إذ فر صفوان وفر عكرمـــــة

فلو كان هناك صلح كيف كان يخفى على خالد بن الوليد وعلى صفوان وعكرمة ورؤساء قريش.

وروي أنه لما دخل مكة صعد إلى باب الكعبة وأخذ بعضادتي الباب وقال: الحمد لله الذي صدق وعده ونصر عبده وأعز جنده وهزم الأحزاب وحده ثم التفت إلى قريش وهم حواليه، فقال لهم: ما تقولون؟ فقالوا: نقول: أخ كريم وابن أخ كريم قد ملكت فاصنع ما شئت. فقال- عليه السلام-: أقول ما قال أخي يوسف- عليه السلام- «لا تثريب عليكم اليوم يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين أنتم الطلقاء»[4].

فلو كان بينهم صلح لم يقولوا: ملكت فاصنع ما شئت ولم يكن النبي يقول: أنتم الطلقاء لأنهم طلقاء قبل وجود هذا القول فلا يصيرون طلقاء بقوله. ألا ترى أنه لما دخل مكة في عمرة القضاء عن صلح لم يكن أهل مكة طلقاء ولم يقل لهم ذلك وهذا خبر مستفيض لأن الصحابة كانت تسمي الذين أطلقهم رسول الله ذلك اليوم الطلقاء مثل سهيل بن عمرو ومعاوية وكانوا يسمون

---

(١) صحيح مسلم - كتاب الجهاد - باب فتح مكة ١٤٠٥/٣ حديث ١٧٨٠. عن أبي هريرة. وسنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب ما جاء في خبر مكة ٤١٨/٣، حديث ٣٠٢٤ عن أبي هريرة بلفظ (فلا يشفن لكم أحد إلا أمنتوه). والسنن الكبرى للبيهقي- كتاب السير- باب فتح مكة ١١٧/٩. وسنن الدارقطني- كتاب البيوع ٦٠/٣.

(٢) السنن للبيهقي، كتاب السير، باب فتح مكة ١١٧/٩.

(٣) السنن للبيهقي، كتاب السير، باب فتح مكة ١٢١/٩. ومجمع الزوائد، كتاب الجهاد، باب غزوة الفتح، ١٧٢/٦.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب السير، باب فتح مكة ١١٨/٩. ورواه ابن كثير عن الطبراني في البداية والنهاية ٣٠١/٤.

أولادهم الطلقاء ولهذا قال عمر - رضي الله عنه -:إن هذا الأمر يعني الخلافة لا يصلح للطلقاء ولا لأبناء الطلقاء [١].

ووجه الثانية: ما روى ابن عباس قال:لما نزل رسول الله- ﷺ- من الظهران قال العباس: قلت: والله لئن دخول رسول الله مكة عنوة قبل أن يستأمنوه انه لهلاك قريش فجلست على بغلة رسول الله- ﷺ- فقلت لعلّي: أجد ذا حاجة فيأتي مكة فيخبرهم بمكان رسول الله- ﷺ- ليخرجوا إليه فيستأمنوه فاني لأسير إذ سمعت كلام أبي سفيان وبديل بن ورقاء فقلت: يا أبا حنظلة فعرف صوتي فقال أبو الفضل قلت: نعم، قال: مالك فداك أبي وأمي، قلت: هذا رسول الله في الناس قال: فما الحيلة فركب خلفي ورجع صاحبه فلما أصبح غدوت به على رسول الله- ﷺ- فأسلم قلت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل يحب الفخر فاجعل له شيئاً قال: نعم من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه فهو آمن ومن دخل المسجد فهو آمن قال: فتفرق الناس إلى دورهم وإلى المسجد[٢] وفي لفظ آخر أن العباس قال لأبي سفيان: التجيء التجيء إلى قومك فدخل أبو سفيان مكة فصرخ فقال: قد أتاكم محمد بما لا قبل لكم به قالوا: فما الحيلة قال: من دخل داري فهو آمن قالوا ما تغني دارك قال: ومن أغلق بابه فهو آمن ومن دخل المسجد فهو آمن فتفرق الناس إلى بيوتهم وإلى المسجد [٣].

فوجه الدلالة أن النبي - ﷺ - علق لهم الآمان بشرط بمر الظهران على سبعة فراسخ من مكة.

ووجد الشرط وهذا يدل على دخولها صلحاً.

ومن نصر الرواية الأولى أجاب عن هذا الحديث بأن هذا لا يدل على الصلح لأن هذا ليس بصلح، وأنه أمان معلق بشرط ولم يثبت وجود الشرط

---

(١) لم أجده.

(٢) سنن أبي داود، كتاب الخراج، باب ما جاء في خبر مكة ٤١٧/٣، حديث ٣٠٢٢. ومجمع الزوائد للهيثمي، كتاب الجهاد والسير، باب غزوة الفتح ١٦٧/٦، والسنن الكبرى للبيهقي، كتاب السير، باب فتح مكة ١١٨/٩.

(٣) مجمع الزوائد، الموضع السابق ١٦٧/٦.

والذي روى أنهم ألقوا السلاح وتفرقوا لم يثبت أنهم فعلوا ذلك قبل دخول النبي- عليه السلام- مكة ويجوز أن يكونوا فعلوا ذلك بعد دخولها قهراً، يبين صحة هذا ما ذكرنا من حديث أبي ومن حديث ابن عباس وما فعله خالد فلو كانوا قد ألقوا السلاح وقبلوا الأمان قبل دخول النبي- عليه السلام- كيف كان يأمر أصحابه بقتلهم بعد دخولها؟.

التفرقة بين السبي:

١٣- مسألة: هل تجوز التفرقة بين السبي بعد البلوغ أم لا؟

نقل الأثرم وابن القاسم: الصغير والكبير والذكر والأنثى سواء أدركوا أو لم يدركوا.

ونقل مهنا عنه:لا يفرق بينهم حتى يبلغوا.

وجه الأولى: وهي أظهر في المذهب ما روى أيوب الأنصاري، أن النبي- عليه السلام- قال: «من فرق بين والدة وبين ولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[1]. وهذا عام فيه قبل البلوغ وبعده، ولأن بينهما رحماً محرماً فمنع من التفرقة كحالة الصغر ولأن منع التفرقة لأجل الرحم المحرم فاستوى فيه بحالة الصغر والكبر كالعتق بالرحم المحرم ووجوب النفقة.

ووجه الثانية: أنه إنما لم يفرق بينهما قبل البلوغ لما يفقده كل واحد منهما من صاحبه فإذا بلغ سكنت أنفسهما لفراقه وكان مالك نفسه في الشفقة عليها فهو كما قلنا في حق الحضانة ثابت في حال الصغر لهذا المعنى فيزول بالبلوغ.

(١) سنن الدارمي، كتاب الجهاد، باب النهي عن التفريق بين الوالدة وولدها، ٢/٢٢٧. وسنن الترمذي أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية أن يفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع. ٢/٣٧٦، حديث ١٣٠١. وأخرج أبو داود في كتاب الجهاد، باب في التفريق بين السبي، ٣/١٤٤ حديث ٢٦٩٦ عن علي رضي الله عنه، أنه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي ﷺ عن ذلك ورد البيع. وأخرج عبد الرزاق في المصنف، كتاب البيوع، باب هل يفرق بين الأقارب في البيع، ٨/٣٠٧، رقم ١٥٣١٦ و١٥٣١٧ أن زيد بن حارثة باع غلاماً من السبي فأمره النبي ﷺ أن يرده. وأخرج ابن ماجه في كتاب الجهاد باب النهي عن التفريق بين السبي ٢/٧٥٦ حديث ٢٢٥٠ عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ لعن من فرق بين الوالدة وولدها وبين الأخ وأخيه.

الحاق الطفل المسبى مع أحد أبويه لأحدهما في الدين:

١٤- **مسألة**: إذا سبى الطفل أبويه مع أبيه أو أمه هل يتبع السابي أم لا؟.

نقل الجماعة منهم صالح والميموني وابن ابراهيم:إذا سبى مع أحد أبويه فهو مسلم. فظاهر هذا أنه تابع للسابي في الدين.

ونقل ابن منصور عنه:إذا لم يكن مع أبويه فهو مسلم قيل له:فلا يجبر على الإسلام إذا كان مع أبويه أو أحدهما قال:نعم.فظاهر هذا أنه تابع لأحد أبويه في الدين ولا يتبع السابي.

قال أبو بكر: ما رواه الكوسج قول أول والعمل على ما رواه الجماعة أنه مسلم.

وجه الأولى: ما روى عن النبي- ﷺ- أنه قال: كل مولود يولد على الفطرة وأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه[1] فجعله في الدين تبعاً لهما جميعاً دليله أنه لا يكون تابعاً لأحدهما ولأنه لم يسب مع أبويه فكان على دين سابيه دليله لو سبى منفرداً عنهما.

ووجه ما نقله ابن منصور ان السابي يجري مجرى دار الإسلام ثم ان لقيطاً لو وجد في دار الإسلام وعرف أحد أبويه كان على دين أبيه ولم نحكم بإسلامه كما لو وجد معهما كذلك السابي إذا كان معه أحد أبويه يجب أن يكون على دين من سبى من أبويه.

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه، ٢٣٥/١. عن أبي هريرة بلفظ (ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جدعاء. وباب ما قيل في أولاد المشركين ٢٣٦/١ عن أبي هريرة بنحو اللفظ السابق. وصحيح مسلم، كتاب القدر باب معنى (كل مولود يولد على الفطرة) ٢٠٤٧/٤، حديث ٢٦٥٨ بلفظ البخاري. وكنز العمال، كتاب الجهاد، من قسم الأقوال الباب الثالث، النهبة حديث ١١٠٩٥ وكتاب الجهاد من قسم الأفعال باب في محظورات الجهاد، حديث ١١٧٣٠. ومسند الإمام أحمد بن حنبل ٣١٥/٢ و٣٩٣.

إلحاق المسبى وحده في الدين لسابيه:

١٥- مسألة: فإن سبى وحده فهل يكون على دين السابي؟.

نقل المروذي وابن وإبراهيم ويعقوب بن بختان وأبو داود: أنه تابع للسابي في الدين.

ونقل علي بن سعيد في السرية في أرض العدو يأخذون صبياناً صغاراً قال: قد نهى النبي - ﷺ - عن قتل الولدان[1] وإن كان معهم غنم يسبونه وإن لم يكن معهم غنم فلا أعلم له وجهاً إلا أن يدفع إلى بعض الحصون من الروم. فظاهر هذا أنه لم يحكم بإسلامه لأنه لو حكم بإسلامه لم يجز إلحاقه بدار الحرب.

قال أبو بكر: العمل على ما رواه الجماعة لا يدفع إليهم لأنه مسلم وقد صرح به في رواية المروذي في الرضيع وليس معهم من يرضعه قال: لا يترك يطعم ويسقى فإن مات مات.

وجه ما نقله علي بن سعيد أن سبى من دار الحرب فلم يتبع السابي في الدين دليله لو سبى مع أبويه.

ووجه ما نقله الجماعة أن الطفل يعتبر في الدين بغيره لا بنفسه فلما لم يكن هناك من يعتبر دينه به غير السابي اعتبرناه به كما قلنا فيمن وجد لقيطاً في دار الإسلام وأنه في الدين تابع للدار كذلك السابي والسابي يجري مجرى الدار في هذا الحكم.

---

(١) أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الجهاد، باب قتل الصبيان في الحرب، وباب قتل النساء في الحرب ١٧٢/٢. ومسلم في الصحيح، كتاب الجهاد، باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب ١٣٦٤/٣ حديث ١٧٤٤. ومالك في الموطأ، كتاب الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو ٤٤٧/٢. والترمذي في السنن، أبواب السير، باب ما جاء في النهي عن قتل النساء والصبيان ٦٦/٣، حديث ١٦١٧. والدارمي في سننه، كتاب الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والصبيان ٢٢٢/٢. وابن ماجه في سننه، كتاب الجهاد، باب الغارة والبيان، باب قتل النساء والصبيان ٩٤٧/٢، حديث ٢٨٤١. وأبو داود في سننه، كتاب الجهاد، باب دعاء المشركين ٨٥/٣، حديث ٢٦١٣ و٢٦١٤. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب السير، باب النهي عن قصد النساء والولدان بالقتل ٧٧/٩.

الحكم بإسلام أولاد الذمي إذا مات عنهم صغاراً:

١٦ - مسألة: إذا مات الذمي عن صغار هل نحكم بإسلامهم أم لا؟

إذا مات الأبوان أو أحدهما هل يحكم بإسلام الطفل أم لا؟

قال أبو بكر في كتاب الشافي: روى سبعة عن أبي عبد الله منهم حنبل: إذا مات أحد أبويه هو مسلم ما لم يبلغ، وخالفهم إسحاق بن منصور فقال: إذا مات أحد أبويه فهو على دين الآخر قال: وبالأول أقول وبه قال أبو بكر الخلال والخرقي ووجهه أن النبي - ﷺ - قال: «يهودانه وينصرانه ويمجسانه»[1] فجعله في الدين تبعاً لهما دليلنا أنه بعد موتهما لا يتبعهما في الدين ولأن انفراد أحد الأبوين بالكفر يوجب الحكم بإسلام الطفل دليله إسلام أحدهما أو نقل: عدم كفر الأبوين يوجب إسلام الطفل دليله لو أسلما.

ووجه الثانية: أنه لم يحكم بإسلامه بنفسه ولا بمن هو تابع له فلم يحكم بإسلامه كما لو لم يموتا ولأن الموت معنى يسقط التكليف فلم يوجب الحكم بالإسلام كالمجنون.

توريث أولاد الذمي منه إذا مات عنهم صغاراً فحكم بإسلامهم بموته:

١٧ - فصل: وإذا حكمنا بإسلامه بموت أحدهما فهل يرث من حكمنا بإسلامه بموته؟

نقل أبو طالب في يهودي مات أبواه وهو صغير: فهو مسلم ويرثهما ونقل محمد بن يحيى الكحال جعفر بن محمد في يهودي مات وله زوجة حامل فأسلمت بعده: فما في بطنها مسلم ولا يرث أباه، فظاهر هذا أنه لا يرث لأن الموت يوجب أن يرث مسلم من كافر وهذا لا يجوز، ومن قال: يرث وهو اختيار الخرقي فوجهه أن الإسلام إذا طرأ بعد الموت لم يمنع الإرث كما إذا كان بالغاً وأسلم عقيب موت أبيه الكافر فإنه يرثه ولأن الإسلام المتعلق بموت مورثه يجب أن لا يمنع من الإرث فيكون بمنزلة الحادث بعده يفصل كما ان الحرية المتعلقة بموت مورثه لا يوجب الإرث ويكون بمنزلة الحرية الحادثة بعده بفصل

(١) تقدم في المسألة رقم (١٤).

وهو إذا قال لعبده: إذا مات أبوك فأنت حر فمات أبوه عتق ولا يرثه كما إذا مات ثم أعتقه عقيبه كذلك في الإسلام المتعلق بالموت يجب أن يكون بمثابة الحادث بعده في أنه لا يمنع.

بيع أرض الخراج واجارتها:

١٧- مسألة: لا يجوز بيع أرض الخراج وهي كل أرض فتحت عنوة ووقفها الفاتح على جماعة المسلمين وهل يجوز اجارتها لمن هي في يده.

على روايتين: نقل الأثرم وأبو داود: إذا استأجر من أرض السواد شيئاً ممن هي في يديه فجائز يكون فيها مثلهم. فظاهر هذا جواز ذلك.

ونقل إسحاق بن إبراهيم في الرجل يستأجر أرضاً من أرض السواد قال: يزارع رجلاً أحب إليّ من أن يستأجرها، فظاهر هذا المنع. قال أبو بكر: وبهذا أقول.

وجه الأولى: وهي الصحيحة- أن الخراج المأخوذ ممن هي في يديه على وجه الأجرة عوضاً عن كونها في يديه ومن استأجر شيئاً فله أن يؤجره بمثل ما استأجره وزيادة ونقصان كذلك هاهنا.

ووجه الثانية: أنها أرض فتحت عنوة فلم يجز إجارتها دليله رباع مكة لا يجوز إجارتها رواية واحدة نص عليه في رواية حنبل وأبي طالب وأكد القول في ذلك في رواية أبي طالب فقال: لا تكرى بيوتها ومن كان له فضل فلا يمنعن.

وقد دل على ذلك الأصل قوله تعالى: «سواء العكف فيه والباد»(١). فذكر المسجد الحرام والمراد به الحرم وجعل الناس فيه سواء فلو جازت إجارته لكان بعض الناس أخص به من بعض.

وروى مجاهد عن ابن عمر عن النبي- ﷺ- قال: «لا يحل بيع بيوت مكة ولا إجارتها»(٢).

---

(١) سورة الحج (٢٥).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة ٣٥/٦. والدارقطني في كتاب البيوع ٥٨/٣. وقال اسماعيل بن إبراهيم: ضعيف ولم يروه غيره.

وروى سعيد بن المسيب قال كانت رباع مكة تدعى بالسوائب من احتاج إليها سكن ومن استغنى اسكن[1].

وقف الإمام للأرض المفتوحة عنوة بغير إذن الغانمين:

١٩- مسألة: هل يجوز للإمام أن يقف الأرض المفتوحة[2] عنوة ويسقط حق الغانمين فيها بغير اذنهم أم لا؟

نقل عبد الله عنه أنه قال: كل أرض تؤخذ عنوة فهي لمن قاتل عليها بمنزلة الأموال، فظاهر هذا أنه لا يجوز له ذلك، لأنه جعلها بمنزلة الأموال.

ونقل عبد الله في موضع آخر: إن وقفها من فتحها على المسلمين كما وقف عمر السواد فهي على ما فعل الفاتح لها، إذا كان من أئمة الهدى، فظاهر هذا أن له القسمة وله الوقف بغير اذنهم وهو الصحيح في المذهب.

وجه الأولى: أنه مال مغنوم فلم يجز صرفه إلى غير الغانمين دليله ما ينقل.

ووجه الثانية: ما روى أن عمر - رضي الله عنه - لما فتح السواد استشار الصحابة في أمرها فأشار علي[3] وعبد الرحمن[4] بأن لا يقسمها وطلب الزبير[5] وعمار[6] وبلال[7] القسمة فحاجهم عمر وقال: وجدت آية تفصل بيني وبينكم قال الله تعالى «ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب المناسك، باب أجر بيوت مكة ١٠٣٧/٢، حديث ٣١٠٧. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع بيوت مكة ٣٥/٦. والدارقطني في سننه، كتاب البيوع ٥٨/٣ و٥٩.

(٢) في الأصل (الفتحة).

(٣) كنز العمال في الجزية حديث ١١٤٧٢. والسنن الكبرى للبيهقي، كتاب السير، باب السواد ١٣٤/٩.

(٤) لم أجد ما ورد في أن عبد الرحمن بن عوف أشار على عمر في وقف أرض السواد.

(٥) لم أجد أن الزبير من الذين طلبوا قسمة أرض السواد ولكنه من الذين طلبوا قسمة أرض مصر. السنن الكبرى للبيهقي، كتاب السير، باب من رأى قسمة الأرض المغنومة ١٣٩/٩.

(٦) لم أجد أن عماراً من الذين طلبوا قسمة أرض العراق.

(٧) لم أجد أن بلالا من الذين طلبوا قسمة أرض العراق ولكنه من الذين طلبوا قسمة أرض الشام. السنن الكبرى للبيهقي الباب السابق ١٣٨/٩.

ولذي القربى »... إلى قوله تعالى: « كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم... » ثم قال: « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم » ثم قال: « والذين تبوأوا الدار والإيمان » يعني الأنصار ثم قال: « والذين جاءوا من بعدهم »(١) » فأثبت فيها حقاً لهؤلاء فلو قسمتها بينكم صارت دولة بين الأغنياء وبينكم وجاء آخر الناس ولا شيء لهم فيجب أن يثبت فيها حق يستوي فيه أول الأمة وآخرها(٢). فرأى أن يقفها ويضرب الخراج على من تكون في يده ولأن ما جاز للإمام أن يثبت فيه إذا صاروا ذمة جاز أن يترك قسمته بين الغانمين إذا ظهر عليه دليله رقاب الأسارى.

بيع البنيان المتصل بأرض الخراج:

٢٠- مسألة: بيع البنيان المتصل بأرض الخراج من السقوف والحيطان الحادث فيها هل يجوز افراده بالبيع دون الأرض؟

فنقل بكر بن محمد عن أبيه عنه: أكره أن تباع الدار من أرض السوداء إلا أن يباع البناء.

ونقل يعقوب بن بختان في الرجل يقول أبيعك النقض ولا أبيعك رقبة الأرض فإن هذا خداع.

وجه الأولى: وهي أصح أن هذا البنيان مملوك لصاحبه أحدثه في أرض الخراج فيجب أن لا يمنع من بيعه كما لو غرس فيها غراساً أو وقف أرضاً وبنى فيها بناء أن له بيع ذلك.

---

(١) سورة الحشر الآيات من ٧ الى ١٠.

(٢) لم أجد هذا الأثر بهذا اللفظ وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في قول أمير المؤمنين عمر - رضي الله عنه - ما من أحد من المسلمين إلا وله حق في هذا الفيء. ٣٥١/٦ أن عمر قال: (اجتمعوا لهذا المال فانظروا لمن ترون) ثم قال: (إني أمرتكم أن تجتمعوا لهذا المال فتنظروا لمن ترون وإني قرأت آيات من كتاب الله- سمعت الله يقول ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى...﴾ الى قوله ﴿هم الصادقون﴾ والله ما هو لهؤلاء على وحدهم ﴿والذين تبوأوا الدار والايمان من قبلهم﴾. والله ما هو لهؤلاء وحدهم ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ والله ما من أحد من المسلمين إلا وله حق من هذا المال أعطي منه أو منع حتى راع بعدن).

ووجه الثانية: أن المسألة محمولة على أن البناء وجد في أرض الخراج ولم يعلم هل كان موجوداً قبل الوقف أم حدث فيمنع من بيعه لأنه لا يتحقق ملكه فأما إن كان معلوماً فإنه يجوز بيعه رواية واحدة.

وجوب الخراج في الأرض العامرة وإن لم تزرع:

٢١- مسألة: ويجب الخراج في الأرض العامرة التي ينالها الماء، وإن لم يزرعها لأنه ترك الانتفاع بها باختياره، وأما الأرض العامرة التي لا ينالها الماء فهل يجب الخراج عنها. على روايتين:

قال في رواية أبي الحارث:يجب على أرض السواد على العامر إذا ناله الماء. فظاهر هذا أنه إذا لم ينله الماء فلا يجب عليها.

ونقل الميموني وإبراهيم بن هاني:يمسح العامر والجبال وإن لم ينله الماء ماء السماء يناله.

ووجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر أنها إذا لم ينلها الماء فلا منفعة فيها فيجب أن يسقط الخراج عنها كالمساكن والدور وحريم القرية ولأن عمر رضي الله عنه- إنما أوجب الخراج في الخارج[٢] لأنه أوجب في جريب الحنطة قفيزاً ودرهمين وفي جريب الشعير قفيزاً ودرهماً وجريب الكرم عشرة دراهم[١].

(١) في الأصل (الخراج).

(٢) لم أجد التقدير المذكور في البر والشعير وقد اختلف النقل فيهما. ففي السنن الكبرى للبيهقي، كتاب السير، باب قدر الخراج ١٣٦/٩ (وعلى جريب البر أربعة دراهم، وعلى جريب الشعير درهمين). وفي رواية أخرى (فوضع على كل جريب عامر أو غامر حيث يناله الماء قفيزاً أو درهماً يعني الحنطة أو الشعير وعلى جريب الكرم عشرة دراهم). وفي كنز العمال، في مقدار الخراج رقم ١١٦٢١ (افرض الخراج على كل جريب عامر أو غامر عمله صاحبه أو لم يعمله درهماً وقفيزاً، وافرض على كل جريب كرم عشرة دراهم وعشرة أقفزة). ورقم ١١٦٢٧، فجعل على جريب الكرم عشرة دراهم وعلى جريب النخل خمسة دراهم، وعلى جريب القصب ستة دراهم، وعلى جريب البر أربعة دراهم، وعلى جريب الشعير درهمين). وفي مصنف عبد الرزاق- كتاب أهل الكتاب- ما أخذ من الأرض عنوة- ١٠٠/٦ رقم ١٠١٢٨ فجعل على الجريب من النخل عشرة دراهم وعلى الجريب من العنب ثمانية دراهم وعلى الجريب من القصب ستة دراهم، وعلى الجريب من البر أربعة دراهم، وعلى الجريب من الشعير درهمين).

فدل على أن الحق يتعلق بالخارج ولأن هذه الأرض في أيدي أهلها على طريق الأجرة فالمستأجر يلزمه التمكين من الانتفاع بها ولا منفعة هناك فيجب أن لا تلزمه الأجرة.

ووجه الثانية: ما روى أبو عون الثقفي أن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- جعل على كل جريب عامر وغامر درهماً وقفيزاً[١].

وروى الشعبي قال:بعث عمر- رضي الله عنه - عثمان بن حنيف فقسم على كل جريب يبلغه الماء عمله صاحبه أو لم يعمله درهماً ومختوماً بالحجازي[٢] ولأنه إنما وجب الخراج بتسليم الأرض إليهم وثبوت أيديهم عليها وقد ثبت أيديهم على هذا الغامر. بدليل أنه ليس لأحد الانتفاع به دون من لم يثبت يده عليه فيجب أن يلزمهم الخراج ولأنه قد يحصل لهم الانتفاع بها بماء الأمطار والسيول، وان لم يحصل الانتفاع بماء الآبار، والعيون، فعلى هذه الرواية يجب أن يقال: ان الخراج أقل ما يجب وهو قفيز ودرهم.

وفاء الأسير المسلم بما يشرطه الكفار من الفداء أو الرجوع إليهم:

٢٣- مسألة: إذا أخلى الأسير منا وشرطوا عليه الفداء أو الرجوع إليهم فهل يلزمه الوفاء بهذا الشرط أم لا؟

فنقل أبو داود وأحمد بن الحسين الترمذي في الأسير في أيدي العدو في أرضهم:يحلف ويعاهد أن يخرج إلى المسلمين ثم يعود إليهم.

قال:يفي لهم ويرجع إليهم لحديث حذيفة[٣].فظاهر هذا أنه يلزمه الوفاء بذلك الشرط.

قال الخرقي: وإذا أخلى الأسير منا وحلف أن يبعث إليهم بشيء بعينه أو يعود إليهم فلم يقدر عليه لم يرجع إليهم.فظاهر هذا أنه ان لم يقدر على الشرط

(١) تقدم في الأثر الذي قبل هذا في نفس المسألة.

(٢) تقدم في الأثر الذي قبل هذا في المسألة نفسها دون قوله: (ومختوماً بالحجازي).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب السير- باب الأسير يؤخذ عليه أن يبعث إليهم بفداء أو يعود في أسرهم /١٤٥/٩

لم يلزمه الوفاء به ولا الرجوع إليهم لأن دار الحرب دار هجرة وقد أنقذه الله منها فلا ينبغي له أن يعود إليها كما لو خرجت امرأة وشرطت الرجوع إليهم فانه لا يلزمها هذا الشرط ولا يجوز لها الرجوع كذلك في حق الرجل.

ووجه ما نقله أبو داود وأحمد بن الحسين ما روي أن النبي - ﷺ - صالح أهل الحديبية على أن يرد من جاءه منهم بعد الصلح مسلما فجاءه أبو جندل فرده إلى أبيه وجاءه أبو بصير فرده[1] وذلك لأن النبي - ﷺ - كان قد شرط على نفسه ذلك لهم - ولأن في رد الفداء مصلحة للأسرى وفي منعه مفسدة عليهم لأنه لا يطلق بعده غيره.

بطلان البيع باستيلاء الكفار على المبيع:

٢٣ - مسألة: إذا تبايع نفسان في دار الحرب وتقابضا ثم غلب المشركون على المبيع فأخذوه هل يكون من مال البائع أم المبتاع؟

فنقل عبدالله ويعقوب بن بختان، وأبو الحارث، والحسن بن البزاز: إذا اشترى السبي أو الحربي في بلاد الروم، وصار في ملكه ثم غلبه عليه العدو وجب عليه في ماله فإن مات المشتري بعد ما غلب عليه العدو يرجع عليه بالثمن في ماله. فظاهر هذا أنه يتلف من مال المبتاع.

ونقل أبو طالب عنه: إذا اشترى الغنيمة في أرض العدو ثم غلبوا عليها لا يؤخذ منهم الثمن لأنه لم يسلم لهم ما اشتروه. فظاهر هذا أنه من ضمان البائع وهو اختيار الخرقي.

وجه الأولى وهي أصح أن القبض قد حصل فما طرأ بعد ذلك من التلف يجب أن يكون من ضمان المبتاع كدار الإسلام تبين صحة هذا أنه يملك

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الصلح باب الصلح مع المشركين ١١٣/٢ دون قوله «وجاءه أبو بصير فرده».

وكتاب الغازي - باب غزوة الحديبية ٤٥/٣، ٤٦ وأخرجه أبو داود في الجهاد - باب في صلح العدو ١٩٤/٣ حديث ٢٧٦٥

والبيهقي في السنن الكبرى - كتاب الجزية باب المهادنة على النظر للمسلمين ٢٢٠/٩، ٢٢١ وباب الهدنة على أن يرد الإمام من جاء بلده مسلما من المشركين ٢٢٦/٩/٢٢٧.

التصرف فيه بالبيع والشركة والهبة ونحو ذلك لوجود القبض.

ووجه الثانية: أنه إذا كان الحال حالة الخوف فالقبض غير حاصل ألا ترى أنـه لو ابتاع من رجل متاعاً في دار الإسلام وسلمه إليه في موضع فيه الغيارون وقطاع الطريق لم يكن ذلك قبضاً صحيحاً ويتلف من مال البائع كذلك هاهنا.

التفضيل من الغنيمة لبعض الغانمين:

٢٤ - مسألة: هل يجوز للأمير أن يفضل بعض الغانمين من الغنيمة إذا رأى فيه شجاعة ونكاية في العدو.

فنقل أبو طالب في أمير الجيش إذا أمر لرجل من الركاضة أو طليعة أو ردءا برأس من السبى، هل لهم أن يرجعوا فيما أمر له به إذا لم تطب أنفسهم؟

قال: لا بأس بذلك، يعني يدفعه إليه إذا كان أنفع لهم وكان فيه تحريض يعني على القتال. فظاهر هذا الجواز.

ونقل ابراهيم بن الحارث، وقد سئل هل يعطي الأمير من المغنم لقوم دون قوم في بلاد الروم ؟

فقال ينبغي أن يسوي بينهم ولا يخص قوما. فظاهر هذا المنع. وكذلك نقل أبو داود عنه في رجل أخذ عشرة رؤوس فنادى الإمام: من جاء بعشرة فله شيء فجاء بهم فليس (له) من هذا النفل شيء.

وجه الأولى: أن النبي - ﷺ - أعطى من غنائم حنين صناديد العرب عطايا نحو الأقرع بن حابس وعيينه بن حصن والزبرقان بن بدر عطايا لا تتسع سهمه من الغنيمة وخمس الخمس لها[1] لأنه أعطى كل واحد منهم كثيرا ولم يكن يعطيهم ذلك من الخمس لأن ذلك للفقراء وكان هؤلاء أغنياء علم أنه أعطاهم من مال الغنيمة ولأن في هذا مصلحة للمسلمين ونكاية في العدو وهو أنه يحرضه بذلك على القتال ولهذا المعنى خصصنا الفارس بزيادة في السهم لأجل تأثيره في العدو وكذلك خصصنا القاتل بالسلب لأجل تأثيره، كذلك هاهنا.

---

(١) أخرجه البخاري - في الصحيح - كتاب الجهاد والسير باب ما كان النبي - ﷺ - يعطي المؤلفة قلوبهم وغيرهم من الخمس ٢/١٩٩.

ووجه الثانية: ما روى ابن المبارك قال خالد الحذا، عن عبدالله بن سفيان، عن رجل من بلعنبر ذكر قصة قال: قلنا يا رسول الله ما تقول في هذا المال ؟ قال: خمسه لله تعالى وأربعة أخماسه للجيش.

قال: قلت: هل أحد أحق به من أحد ؟

قال: لو انتزعت سهما من جنبك، لم تكن أحق به من أخيك المسلم[1] ولأن حقوقهم متساوية فيها، فلم يجز أن يخص بعضهم منها.

القصر والفطر للقتال:

٢٥- مسألة: إذا حاصر العدو أهل بلد وعزموا على قتاله أو قصدوا عدوا على مسافة لا يقصر فيها الصلاة هل يباح لهم القصر والفطر في رمضان أم لا ؟

نقل الأثرم في القوم يخرجون إلى النفير ومسافة سفرهم أقل من يوم فلقوا العدو في رمضان هل يفطرون ليتقووا على عدوهم ؟

قال: لا يفطرون، ولا يقصرون: قيل له: يضعفون عن قتال العدو.

قال: كيف يفطرون في الحضر ؟ فظاهر هذا المنع.

ونقل جنبل: إذا جاءهم العدو في منازلهم في رمضان فإن أجهدوا أفطروا، فظاهر هذا الجواز.

وجه الأولى: أن الله تعالى علق جواز القصر والفطر بشرطين: المرض والسفر وليس هاهنا واحد منهما.

ووجه الثانية: أن السفر انما أباح الفطر لما يلحق فيه من المشقة وهذا المعنى موجود في مسألتنا ولأن الخوف لما أثر في الصلاة في الحضر وهو يصلي بهم صلاة خائف جاز أن يؤثر في الصوم وفي القصر كالسفر.

الفرار من الحرق الى الغرق:

٢٦- مسألة: إذا كان الجهاد في البحر والتقى الزحفان فرمى المشركون

---

(١) كنز العمال- كتاب الجهاد باب قسم الغنيمة ٣٧٥/٤ رقم ١٠٩٨٦.

مراكب المسلمين بالنار، فأحرقتها، هل يصبر من فيها على الهلاك أم يجوز له أن يلقى نفسه في البحر، وان كان فيه الهلاك ؟

فنقل أبو داود في الغزو في البحر إذا رمى الروم مركبا من مراكب المسلمين بالنار واشتعلت فيها هل يرمى نفسه في الماء ؟

فقال: كيف شاء صنع. فظاهر هذا الجواز.

ونقل مهنى عنه في الرجل في البحر فترمى سفينته بالنفط والنار، فيطرح نفسه في البحر فيموت، قال: أكرهه، فظاهر هذا المنع.

(وجه الجواز) ما روى عبدالله بن عمر أن النبي - ﷺ - قال:

من فر من حرق إلى غرق فهو شهيد[1]... رواه الحسن بن دوما ولأن هلاكه بالماء أيسر منه بالنار وهو مضطر في هذه الحال فله أن يختار أيسر الميتتين عليه: ألا ترى أنه لو أكره فقيل له لنعذبنك بالنار أو لتقتلن نفسك بالماء، كان في سعة من القاء نفسه في الماء؟

قال أبو بكر ينظر إلى الأغلب في السلامة فيستعمله على طريق الاجتهاد ومعناه أن كان الأغلب أن يلقي نفسه في البحر فيسلم فعل وان كان الأغلب في نفسه أن يصبر صبر فأما أن اعتدلا وكان في كل واحد منهما الهلاك، فظاهر كلام أحمد يقتضي روايتين: إحداهما: يجوز له أن يلقي نفسه في الهلاك.

الثانية: لا يجوز له ذلك لأنه لا يتحقق هلاكه بالمشركين، لجواز أن يحصل الظفر بهم فيؤدي إلى أن يحصل قاتل نفسه فلهذا لم يجز.

وقال أيضاً في رواية بكر بن محمد وأبي طالب: إذا حصل أسيرا في المشركين، فقدموه يضربوا عنقه، فهل يعطيهم سيفه لأنه أمضى ؟

قال: لا. قيل له: فإنه يعذبه قال: يعلم الله أن يخلصه أو يعيش من ذلك الضرب.

ووجه الأولى: وأنه يجوز أن الظاهر والغالب قد أجرى في الأصول مجرى

---

(١) لم أجد هذا الحديث.

المتحقق كالزكاة، والطهارة ونحو ذلك، وذلك أنه لو وجد شاة مذبوحة كان له الأكل اعتباراً بالظاهر، وأنها مذكاة، وإن لم يتحقق ذلك، وكذلك لو وجد جاز له أن يتطهر منه على الظاهر وإن لم يتحقق ذلك، كذلك ها هنا.

فيمن تؤخذ منهم الجزية:

٢٧- مسألة: فيمن يجوز أخذ الجزية منه.

فنقل الحسن بن ثواب من سبى من أهل الأديان من العرب والعجم فالعرب ان أسلموا والا فالسيف وأولئك ان أسلموا والا فالجزية، فظاهر هذا أن الجزية تؤخذ من الكل إلا من عبدة الأوثان من العرب فقط.

وقال الخرقي: ولا نقبل الجزية إلا من يهودي أو نصراني، أو مجوسي وكانوا مقيمين على ما عوهدوا عليه ومن سواهم بالإسلام أو السيف، فظاهر هذا أن من له كتاب أو شبهة كتاب تؤخذ منه الجزية سواء كان من العرب أو العجم وسواء كان من قريش أو من غيرها، ولا تؤخذ من غيرهم.

وجه الأولى: ما روى الزهري أن النبي- ﷺ- صالح أهل الأديان على الجزية إلا من كان منهم من العرب[1] ولأنه أعجمي مقيم على دين لم يعتقد سواه، فجاز اقراره ببذل الجزية، دليله إذا كان من أهل الكتاب ولأن الجزية لو كانت متعلقة بالكتاب لما جاز أخذها من المجوسي لأنه لا كتاب لهم.

ووجه الثانية: وهو الصحيح أنها طائفة من المشركين ليس لها كتاب ولا شبهة كتاب فلم يجز اقرارهم على دينهم ببذل الجزية دليله عبدة الأوثان من العرب ولأن أخذ الجزية حكم يتعلق بالكفر فاستوى فيه حكم العرب والعجم كالقتل وتحريم المناكحة والاسترقاق وأن هذه الأحكام يستوي فيها العرب والعجم.

قدر الجزية:

٢٨- مسألة: في قدر الجزية ثلاث روايات:

---

(١) مصنف عبد الرزاق- كتاب أهل الكتاب- الجزية ٨٦/٦ رقم ١٠٠٩١.

نقل صالح وابن منصور وابراهيم بن هانئ وأبو الحارث: أكثر ما يؤخذ من أهل الذمة ثمانية وأربعون والوسط أربعة وعشرون، والفقير اثنا عشر، فظاهر هذا أنها مقدرة الأقل والأكثر فيجب على الموسر ثمانية وأربعون درهما، وعلى المتوسط أربعة وعشرون وعلى المتجمل اثنا عشر درهما.

ونقل الأثرم: الجزية على ما يطيقون يزاد وينقص على قدر طاقتهم، وما يرى الإمام، فظاهر هذا أنها غير مقدرة الأقل والأكثر وهو إلى اجتهاد الإمام.

ونقل يعقوب بن بختان: لا يجوز للإمام أن ينقص من ذلك وله أن يزيد. فظاهر هذا أنها مقدرة الأقل وغير مقدرة الأكثر فيجوز للإمام أن يزيد على ما قدره عمر - رضي الله عنه - ولا يجوز أن ينقص منه، وهذا اختيار أبي بكر. وفائدة الخلاف أنا إذا قلنا: هي مقدرة الأقل والأكثر فمتى بذلها أهل الذمة لزم الإمام قبوله، وحرم عليه قتالهم، وإذا قلنا: ليست مقدرة أو مقدرة الأول لم يحرم عليه القتال.

وجه الأولى: وهي الصحيحة وهي اختيار الخرقي وأنها مقدرة الأول والأكثر ما روى أن عمر - رضي الله عنه - لما مضى إلى الشام ضرب الجزية على أهل الكتاب، على الغني ثمانية وأربعون درهما، وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهما وعلى المتجمل اثنا عشر درهما[1] ولأنه حق مال يجب بوجود المال في كل حول مرة فيجب أن يختلف بقلة المال وكثرته كالزكاة، ولا يلزم عليه زكاة الفطر لأنها لا تجب بوجود المال، لأنها تجب عندنا على من يملك قوت يومه وليلته.

(١) السنن الكبرى للبيهقي - كتاب السير باب السواد ١٣٤/٩ بلفظ «فبعث عثمان بن حنيف فوضع ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر.
وكتاب الجزية - باب الزيادة على الدينار في الجزية ١٩٦/٦. وكنز العمال - كتاب الجهاد - الجزية ٤٩٦/٤ رقم ١١٤٧٢ بلفظ «فبعث عثمان بن حنيف» فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر.
والخراج ٥٤٩/٤، ٥٥٠ رقم ١١٦٢١.
بلفظ وأفرض على رقابهم يعني أهل الذمة - على الموسر ثمانية وأربعين درهما وعلى من دون ذلك أربعة وعشرين درهما وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما.

ووجه الثانية: في أنها غير مقدرة الأول والأكثر أن المال المأخوذ من المشرك على الأمان ضربان: هدنة وجزية فلما كان المأخوذ هدنة إلى اجتهاد الحاكم كذلك المأخوذ جزية.

ووجه الثالثة: في أنها محدودة الأقل ان في النقصان من ذلك اضرارا ببيت المال وفي الزيادة حظا للمسلمين إذا كان فيه رأى وصلاح ويبين صحة هذا أن الخراج جزية وقد زاد عمر - رضي الله عنه - على ما كان قدره عليهم.

روي أن عثمان بن حنيف دخل عليه يسأله في الزيادة فقال له: الله لئن زدت لا يشق ذلك عليهم قال: نعم قال: فافعل(١).

تحمل السيد الكافر جزية عبده:

٢٩ - مسألة: هل يجب على السيد إذا كان كافرا تحمل الجزية عن عبده الكافر؟

فقال في رواية عبدالله: العبد ليس عليه جزية، والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم، فظاهر هذا أنه لا يتحملها عنه.

وقال حنبل: والذمى يؤدي عنه، وعن مملوكه خراج جماجمهم إذا كانوا عبيدا أخذ منهم جميعا الجزية.

وكذلك نقل ابن منصور وقد سأله ما معنى قول عمر: لا تشتروا رفيق أهل الذمة(٢).

قال: لأنهم خراج يؤدي بعضهم عن بعض فإذا صاروا إلى المسلمين انقطع عنهم ذلك، فظاهر هذا أنه يتحمل.

ووجه الأولى: ما روى عن النبي - ﷺ - أنه قال: لا جزية على العبيد(٣)

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب الجزية - باب الزيادة على الدينار بالصلح ١٩٦/٩.

(٢) السنن الكبرى - كتاب السير - باب من كره شراء أرض الخراج ١٤٠/٩ وكنز العمال كتاب الجهاد - الجزية ٤٩٨/٤ رقم ١١٤٧٩.

(٣) لم أجده وقال الالباني: لا أصل له - إرواء الغليل ٩٦/٥ رقم ١٢٥٦ وقد أخرج البيهقي وعبد الرزاق خلافه.

ولأنه مال فهو كالبهيمة، ولأنه محقون الدم بمعنى لو وقع في الأسر لم يكن الإمام مخيرا فيه بين القتل والمن ولأنه خلص بالرق فلم يجب عليه الجزية كما لو كان سيده مسلما.

ووجه الثانية: وهي اختيار الخرقي، ما احتج به أحمد من قول عمر: (لا تشتروا رقيق أهل الذمة فإنهم أهل خراج يبيع بعضهم بعضا)[1] وفسره بأن معناه يؤدي بعضهم عن بعض، ولأن الجزية حق في مال يجب أداؤه عن الرقبة، فجاز أن يدخله التحمل، دليله صدقة الفطر، ولأنه ذكر مكلف فجاز أن تتعلق الجزية بجنسه، دليله الحر.

الجزية على العبد بعد عتقه:

٣٠- مسألة: إذا أعتق العبد الكافر وصار حرا فهل تجب عليه الجزية إذا كان من أهل الجزية بعد حلول الحول إذا أراد المقام في دار الإسلام أم لا؟

نقل بكر بن محمد عن أبيه في النصراني إذا أعتق:ليس عليه جزية لأن ذمته ذمة مولاه.

ونقل ابن منصور وأبو طالب:عليه الجزية إلا أن في رواية ابن منصور إذا كان سيده نصرانيا فعليه الجزية وفي رواية أبي طالب إذا كان سيده مسلما فعليه الجزية.

وجه الأولى: وفيها ضعف أنه بعد العتق على حكم الرق في استحقاق الولاء عليه فجاز أن يسقط عنه الجزية كالعبد القن.

ووجه الثانية: وهو اختيار الخرقي وأبي بكر أنه حر محقون الدم على التابيد فلا يقر في دارنا بغير جزية دليله الحر الأصلي وفيه احتراز من المرأة والصبي والشيخ الفاني.

---

(١) السنن الكبرى- كتاب الجزية- باب كم الجزية ١٩٤/٩ ومصنف عبد الرزاق- كتاب أهل الذمة باب الجزية ٩٠/٦ رقم ١٠١٠٠.
كنز العمال- كتاب الجهاد- الجزية- رقم ١١٤٧٩ بلفظ «لا تشتروا رقيق أهل الذمة فإنهم أهل خراج «دون قوله» يبيع بعضهم بعضا» وكتاب الجهاد ذيل الغنائم رقم ١١٥٩٦ بلفظ «لا تشتروا رقيق أهل الذمة» قيل للحسن لم؟ قال: لأنهم فيىء للمسلمين.

سقوط الجزية بالموت:

٣١- مسألة: لا يختلف المذهب أن الإسلام يسقط الجزية الواجبة وأما الموت فهل يسقطها أم لا؟

فقال شيخنا أبو عبدالله لا يسقطها لأنه دين وجب في حال الحياة فلا يسقط بالموت كالدين.

وعندي أنها تسقط كالإسلام، وهو قياس المذهب، لأنا نقول:ان إسلام أحد الأبوين يوجب اسلام الطفل، وموت أحد الأبوين يوجب إسلام الطفل أيضاً، والمعنى فيه أن الموت يقطع الصغار فأسقط الجزية كالإسلام، ولأنه معنى يوجب إسلام الطفل، فاسقط الجزية كالإسلام.

تجديد معابد أهل الكتاب:

٣٢- مسألة: في الكنائس: إذا انهدم جميع بنيان البيعة، فهل لهم تجديدها على ما كانت عليه؟.

نقل عبدالله ما انهدم فلهم أن يبنوها فظاهر هذا جواز عمارتها، وتجديدها سواء انهدم جميعها أو بعضها.

ونقل حنبل وأبو طالب، وكل ما فتحه المسلمون عنوة فليس لأهل الذمة أن يحدثوا فيها كنيسة ولا بيعة، وان كان لهم في المدينة شيء فأرادوا رمه رموه، فان انهدمت الكنيسة والبيعة بأسرها لم يبدلوا غيرها. فظاهر هذا جواز رم ما تشعث منها ولا يجوز تجديدها إذا خربت جميعها.

ومن أصحابنا من يمنع رم ما تشعث منها بكل حال قال:لأن عمر- رضي الله عنه- كان في كتابه إلى أهل الشام ان لا تجددوا ما خرب منها[١] وقد نص عليه في رواية عبدالله فقال: ما انهدم فليس لهم أن يبنوها.

فوجه من قال:يجوز تجديدها بعد خرابها وهذا خلاف ما حدثنا، أنا نقرهم

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي- كتاب الجزية- باب الإمام يكتب كتاب الصلح على الجزية ٢٠٢/٩.
وكنز العمال شروط النصارى رقم ١١٤٩٣.

فيها فلو منعوا من تجديد ما خرب ورم ما تشعث بطلت رأسا لأن البناء لا يبقى على الدوام فإذا كان فيه ابطال ما بذل لهم سقط.

ووجه من قال:لا يجوز تجديد جميعها أنه إذا خرب جميعها تعطلت منفعتها فلو قلنا: يجددونها، كان في حكم ابتدائها وإنشائها، وليس كذلك رم ما تشعث منها فان المنفعة بها قائمة فلهذا جاز، وحدثني أبو بكر بن أحمد بن علي ثابت الخطيب باسناده عن عمر بن الخطاب يقول:قال رسول الله- ﷺ -:لا تبنى كنيسة في الإسلام ولا يجدد ما خرب منها[1].

انتقاض عهد الذمي لمخالفة الشروط:

٣٣- مسألة: إذا ترك أهل الذمة شيئا من الشروط المأخوذة عليهم مما يجب عليهم تركه ولا يعود فعله بضرر المسلمين بل فيه اظهار منكر في دار الإسلام كأحداث البيع والكنائس ورفع الأصوات بقراءة كتبهم وضرب النواقيس وإطالة البنيان واظهار الخمر والخنزير وما كان في معناه من ترك التشبه بالمسلمين في لبسهم وركوبهم وكناهم وشعورهم فهل ترك هذه الأشياء يوجب نقض عهد الذمة أم لا؟

قال الخرقي: ومن نقض العهد بمخالفة ما صولحوا عليه حل دمة وماله. فظاهر هذا ان ترك ذلك يوجب نقض العهد على ظاهر حديث عمر- رضي الله عنه-[2] وان ذلك في شروطه وشرط عليهم ان من خالف شيئا من ذلك حل ماله ودمه، ولأنه ترك ما شرط عليهم في عقد الذمة، فنقض العهد كما لو فعل ما يعود بضرر المسلمين، كالاجتماع على قتل المسلمين، والزنا بمسلمة، أو إصابتها باسم النكاح، أو يفتن مسلما عن دينه، أو قطع عليه الطريق أو آوى

(١) لم أجده مرفوعا وقد تقدم تخريج الموقوف على عمر في المسألة نفسها.

(٢) سنن البيهقي كتاب الجزية- باب ما يشترط عليهم أن أحدا من رجالهم ان أصاب مسلمة بزنا ٢٠١/٩.
ومصنف عبد الرزاق- كتاب أهل الذمة باب نقض العهد والصلب ١١٤/٦ رقم ١٠١٦٧.
وكنز العمال في الامان ٤٨٤/٤ رقم ١١٤٤٥.
وفي احكام أهل الذمة ٤٩٠/٤ رقم ١١٤٥٩.

للمشركين عينا أو أعان على المسلمين بدلالة أو قتل مسلما أو ذكر الله تعالى ورسوله وكتابه بسوء فإن هذه تنقض العهد، وعندي أن ما لا ضرر على المسلمين بتركه لا ينقض العهد به شرط أو لم يشرط، لأنه لا ضرر على المسلمين في مال، ولا فيه منافاة الأمان، ولأنه أظهر ما يعتقد، دينا ومذهبا ويفارق هذا غيره لأن على المسلمين فيه ضررا وفيه ما ينافي الأمان فلهذا نقض العهد.

منع الذمي من دخول المساجد:

٣٤- مسألة: لا يجوز لأهل الذمة دخول المسجد الحرام. رواية واحدة.

ونقل ذلك ابن منصور لقوله تعالى: «فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا»[١] فأما غيره من المساجد هل يجوزلهم دخولها أم لا؟

نقل أبو طالب في اليهودي والنصراني والمجوسي: لا يدخلون المسجد لا ينبغي لهم أن يدخلوها، فظاهر هذا المنع.

ونقل الأثرم عنه وقد سئل: هل يترك أهل الذمة يدخلون المسجد؟

قال: ينبغي أن يتوقى ذلك قيل له: فإن رأى رجل منا ذميا أيخرجه؟

قال: قد روي في هذا حديث وفد ثقيف أتوا النبي- ﷺ- فأنزلهم المسجد وعمر كرهه[٢] فظاهر هذا جواز ذلك لأنه احتج بالحديث.

ووجه من منع احتج بأنه بيت الله تعالى فمنعوا منه كالمسجد الحرام.

ووجه من أجاز ذلك احتج بأن وفد ثقيف قدموا على النبي- ﷺ- فأنزلهم المسجد[٣] فدل على جوازه.

سقوط العشر عن جارية الذمي بدعوى حريتها:

٣٥- مسألة: إذا مر الذمي بعشار المسلمين ومعه جارية فادعى أنها ذات

(١) سورة التوبة (٢٨).

(٢) سيأتي في توجيه رأى المجوزين.

(٣) سنن أبي داود- كتاب الإمارة والخراج باب ما جاء في خير الطائف ٣/ ٤٢٠ حديث ٣٠٢٦. ومصنف عبد الرزاق كتاب الصلاة باب المشرك يدخل المسجد ١/ ٤١٤ رقم ١٦٢٠ وسنن ابن ماجه كتاب الصلاة باب فيمن أسلم في شهر رمضان ١/ ٥٥٩ حديث ١٧٦٠. وصحيح ابن خزيمة أبواب الأفعال المباحة في المسجد ٢/ ٢٨٥ رقم ١٣٢٨.

رحم منه وأنها ليست بملك له فهل يقبل قوله في ذلك ويسقط عنه العشر على روايتين:

نقل يعقوب بن بختان: لا يقبل منه لأنه متهم في ذلك لأن ذلك شيء ممكن إقامة البينة عليه فهو كما لو ادعى أن عليه دينا فإنه لا يقبل منه، نص عليه أحمد كذلك هاهنا.

ونقل أبو الحارث: يقبل ذلك منه لأنه يحتمل ما قاله والأصل في الناس الحرية حتى يقوم دليل الرق.

أكل ذبائح نصارى بني تغلب ونكاح نسائهم:

٣٦- مسألة: في نصارى بني تغلب هل تنكح نساؤهم أو تؤكل ذبائحهم أم لا ؟ نقل ابن منصور وابراهيم بن الحارث والأثرم: إباحة ذبائحهم ومناكحتهم. وذكر الخرقي في مختصره روايتين: أحداهما: مثل هذا والثانية: لا يباح.

وجه الإباحة: أنهم دخلوا في دين أهل الكتاب يقرون عليه بالجزية فكانت ذبائحهم ومناكحتهم مباحة فهو كما لو دخلوا في دينهم قبل النسخ وقبل التبديل، وقد روى عن ابن عباس أنه رخص في ذبائحهم[1].

ووجه المنع: أنهم كانوا عبدة الأوثان، فانتقلوا إلى دين أهل الكتاب، ولم يعلم هل انتقلوا إلى دين المبدلين أو غيرهم، والأصل الحظر فغلب الحظر، على هذه الرواية، حكمهم حكم المجوس.

تحول الكتابي إلى ملة أخرى غير الإسلام:

٣٧- مسألة: إذا تنقل من يهودية إلى نصرانية أو من نصرانية إلى يهودية فهل يقر على ذلك أم لا؟

نقل عنه حنبل في يهودي تنصر أو نصراني تهود: لا يقبل.

وكذلك نقل مهنى في نصراني أو يهودي ارتد عن دينه هل يقتل؟

(١) سنن البيهقي كتاب الجزية باب ذبائح نصارى تغلب ٢١٧/٩.

قال: هؤلاء يعطون الخراج، لا يقال لهم شيء. فظاهر هذا أنه يقر على ذلك ولا يكلف الإسلام ولا الدين الذي كان عليه لأن الدين الثاني في معنى الدين الذي صالحناه عليه ولأنه من أهل الكتاب يقر عليه.

قال أبو بكر: فيه وجه آخر لا يقبل منه الا دين حق وهو الاسلام أو القتل لأن الدين الذي انتقل إليه باطل، قد كان مقرا ببطلانه والدين الذي كان عليه قد أقر الآن ببطلانه فلم يبق دين باطل إلا وقد أقر ببطلانه، فوجب أن لا يقبل منه إلا دين حق وهو الإسلام. فإن انتقل من يهودية أو نصرانية إلى مجوسية لم يقر عليه وقبل منه دينه الذي كان عليه- نص عليه أحمد- رضي الله عنه- في رواية اسماعيل بن سعيد، في نصراني أو يهودي، تمجس: يردون إلى دينهم لأنه نقص في الإسلام لأن لنا أن نأكل ذبائحهم وننكح نساءهم، لأنه انتقل إلى دين لا يباح أكل ذبيحته ونكاح نسائه، فلا يقر عليه كما لو انتقل إلى عبدة الأوثان والشمس والقمر.

فإن انتقل من مجوسية إلى نصرانية أو يهودية فإنه يقر عليه. نص في رواية مهنى في مجوسي تنصر: فلا قتل عليه لأنه انتقل إلى دين هو أكمل من دينه أشبه إذا انتقل إلى الإسلام، ومعنى الكمال أن له كتاب ولا كتاب للمجوسي.

قال أبو بكر: وفيه وجه آخر لا يقر على ذلك لأنه انتقل إلى دين باطل فهو كما لو انتقل إلى عبدة الأوثان.

حكم ثمن المبيع المحرم إذا أسلم الذمي قبل قبضه:

٣٨- مسألة: إذا تبايع أهل الذمة الخمر ثم أسلموا قبل قبض الثمن فهل يقضي للبائع بالثمن أم لا؟

نقل ابن منصور في مجوسي باع مجوسيا خمرا ثم أسلما يأخذ بالثمن قد وجب له الثمن يوم باعه وأما الخنزير فلا يأخذ الثمن.

وكذلك نقل أبو داود عنه في اليهودي والنصراني إذا احتكموا إلى امام المسلمين في الخمر والخنازير: ما يعجبنى أن يحكم عليهم فإن اختصموا في أثمانها

حكم بينهم فإن مات ذمي وله دين ثمن خمر فأسلم ابنه يأخذ الدين، وظاهر هذا أنها مال لهم ويقضي بالثمن.

ونقل ابن منصور أيضاً وأبو طالب في نصراني أو يهودي أسلف في خمر ثم أسلم الذي أسلفه وأما الآخر فلم يسلم: فلا شيء له، ولا يأخذ للخمر ثمنا.

وظاهر هذا المنع.

وجه الأولى: حديث عمر: ولوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها[1]. وهذا يقتضي أنها مال لهم يصح بيعها ونقد ثمنها.

ووجه الثانية: وهي أصح أنها ليست مالا في حقنا ولا يصح بيعها في حقنا فلم تكن مالا لهم ولم يصح بيعهم لها، كالخنزير، فإن أحمد قد نص عليه كالميتة والدم.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في كتاب أهل الكتاب- بيع الخمر- ٦/٧٤ رقم ١٠٠٤٤ بلفظ «فلا تفعلوا ولكن ولوهم بيعها فإن اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها».
وأخرج البيهقي ما في معناه في كتاب الجزية باب لا تؤخذ الجزية من خمر ولا خنزير ٩/٢٠٦.

فهرس الجزء الثاني

كتاب الجراح

رقم المسألة	الموضوع	رقم الصفحة

كتاب السير والجزية